

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES

ACTES A TITRE GRATUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

PIERRE ROBINEAU

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES
ACTES A TITRE GRATUIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mardi 22 décembre 1896, à 1 heure



PAR

PIERRE ROBINEAU

Président : M. BUFNOIR.

Suffragants : { MM. BOISTEL, }
 { MASSIGLI, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1896

PROLÉGOMÈNES

« On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament dans les formes ci-après établies ». Tel est le principe posé par l'article 893 du Code civil qui ne reconnaît que deux modes de dispositions à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament. Le législateur de 1804 a donc rejeté les modes multiples de dispositions admis dans l'ancien droit : démission de biens, donation à cause de mort, codicille, etc., qui, comme le dit Troplong, « étaient des procédés intermédiaires, des moyens mixtes au moyen desquels on avait cherché à concilier les intérêts du donateur à qui il en coûte toujours de se dépouiller actuellement, avec l'avantage du donataire qui est d'être investi actuellement plutôt qu'au décès du bienfaiteur (1) ».

Le droit de disposer librement de sa chose est une conséquence naturelle et nécessaire du droit de propriété. Pourquoi alors cette restriction ? pourquoi ne pas permettre à un propriétaire de disposer, comme bon lui semble, de sa chose ?

C'est qu'ici des intérêts considérables sont en jeu, qui ont même obligé le législateur à ne pas juger cette restriction suffisante. Trois sortes d'intérêts sont ici en présence, l'intérêt du disposant, l'intérêt de la famille du disposant,

(1) Troplong, t. 1, n° 34.

et l'intérêt de la société elle-même. Et, pour sauvegarder chacun de ces intérêts, le législateur a émis de nombreuses garanties.

Dans l'intérêt du disposant il devait intervenir afin d'assurer que la libéralité soit l'œuvre d'une volonté saine et libre, car les libéralités, en dépouillant le disposant sans compensation, offrent pour ce dernier de grands dangers ; de là les formalités solennelles exigées pour le testament et la donation entre vifs, et les règles rigoureuses sur la capacité de disposer et de recevoir.

Dans l'intérêt de la famille du disposant le législateur devait également intervenir ; la parenté crée des devoirs impérieux ; la famille a des espérances légitimes, il est nécessaire d'en tenir compte ; de là les règles sur la réduction et sur la quotité disponible.

Le législateur devait enfin intervenir dans l'intérêt de la société. La liberté absolue de disposer pouvait devenir un moyen d'ébranler les bases sur lesquelles repose la constitution de l'État, et de renverser nos principes politiques essentiels. Aussi a-t-il défendu les substitutions qui tendent à éluder le principe d'égalité, la base de notre système successoral, et qui contrarient les principes économiques modernes sur la libre circulation des biens.

Mais si le législateur a ainsi imposé des limites étroites à la faculté de disposer, il ne l'a fait que dans la mesure du nécessaire, et, en dehors de ces règles, il proclame la liberté de disposer à titre gratuit :

« Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par
« donation entre vifs, soit par testament, excepté celles
« que la loi déclare incapables » (article 902 du Code civil).

Et la conséquence directe de la liberté accordée au disposant de donner selon sa volonté, est le pouvoir, qu'il doit avoir, d'apposer à ses libéralités les conditions et les charges qu'il juge convenables. Il est libre de ne pas donner ; il peut donc, et à plus forte raison, s'il fait une libéralité, la subordonner à une condition ; le sort de sa libéralité se trouve alors dépendre de l'accomplissement de la condition sous laquelle elle a été faite.

La liberté du disposant ne pouvait toutefois être absolue à cet égard ; et il est des conditions qui ne peuvent être imposées au bénéficiaire d'une donation ou d'un legs. Ce sont de ces conditions que parle l'article 900 du Code civil :

« Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Mais que faut-il entendre par dispositions contraires aux lois, et pourquoi le législateur déclare-t-il ces conditions simplement non écrites en s'écartant ainsi des principes généraux du droit qui auraient voulu que de semblables conditions non seulement fussent réputées non écrites mais rendissent les actes de dispositions eux-mêmes nuls ?

Ce sont les deux questions principales que soulève cet article 900 ; étudions-les rapidement avant de commencer l'étude de la clause pénale. L'article 900 du Code civil est en effet intimement lié à ce sujet et il est indispensable d'en connaître les motifs et l'étendue.

I. Voyons, en premier lieu, pourquoi l'article 900 déroge au droit commun :

Si l'on consulte le droit romain et notre ancien droit la solution de cet article ne semble pas extraordinaire puisqu'elle y était à peu près semblable. Les Romains faisaient une distinction : ils assimilaient sans difficulté aux conventions à titre onéreux les libéralités qui se forment par le consentement mutuel des parties, comme la donation, et qui sont des conventions à titre gratuit, et ils décidaient que les conditions impossibles physiquement ou moralement annulaient la libéralité qui en était affectée. Mais ils décidaient au contraire, en ce qui concerne les testaments, ou du moins les Sabinien, dont l'avis l'emporta, décidaient que les conditions impossibles ou illicites devaient être réputées non écrites et que le legs ou l'institution devait être exécuté comme s'il avait été pur et simple.

Cette distinction romaine entre les donations entre vifs et les testaments passa dans notre ancienne jurisprudence; les provinces coutumières mêmes la suivirent.

Notre droit intermédiaire s'occupa également de ce sujet et une loi du 12 septembre 1791 décida que « toute clause
« impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou
« aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier ou légataire, qui gênerait la
« liberté qu'il a, soit de se marier même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou
« qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés
« et d'exercer les fonctions déférées par la constitution aux
« citoyens actifs et éligibles, serait réputée non écrite ».

Mais ces diverses solutions, tant du droit romain que de notre droit intermédiaire, étaient dictées par des motifs spéciaux qui n'existent plus aujourd'hui. Nous savons que

les testaments jouissaient à Rome d'une faveur particulière ; les Romains craignaient de mourir *intestat*, ce qui explique qu'ils cherchaient le plus possible à rendre leurs testaments valables et décidaient que les clauses impossibles ou illicites seraient seulement réputées non écrites. De même la disposition ci-dessus rapportée de la loi de 1791, et que reproduisent la loi du 5 brumaire an II et la loi du 17 nivôse de la même année, s'explique par l'époque où elle a été rendue. En édictant cette loi on n'avait pas songé à établir une règle juridique. Inspirée par des considérations politiques, cette loi avait pour but de briser les volontés hostiles par lesquelles les particuliers essaieraient de renverser le nouvel ordre de choses établi par la Révolution. Ce qui prouve jusqu'à l'évidence que c'était bien là le motif du législateur, c'est qu'il laissa de côté les conditions impossibles qui restèrent sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire qu'elles étaient réputées non écrites dans les actes de dernière volonté, tandis qu'elles rendaient nuls les actes entre vifs.

Le législateur de 1804 en écrivant l'article 900 du Code civil n'était évidemment pas plus influencé par ces considérations politiques que par la faveur que l'on doit accorder aux testaments. Aucun de ces deux motifs ne peut donc justifier l'article 900 du Code civil.

Nous ne voulons pas ici exposer en détail les différentes doctrines proposées pour justifier cet article. Nous nous bornerons à dire que les uns prétendent que l'on doit expliquer cet article par les mêmes motifs que ceux qui ont inspiré la loi de 1791 ; le législateur voyant dans le disposant un adversaire renverse l'œuvre de la volonté de ce

disposant et y substitue, au profit du bénéficiaire, une disposition d'un caractère tout différent (1). D'autres auteurs soutiennent que l'article 900 est fondé au contraire sur une analyse des intentions du disposant (2). Demolombe soutient cette doctrine avec beaucoup de force ; il la résume en ces termes (3) : « Il est une considération générale com-
« mune au testament et à la donation entre vifs : c'est que
« dans l'un comme dans l'autre la cause prédominante c'est
« la volonté libérale du disposant, sa volonté désintéres-
« sée, libre, spontanée, de conférer un bienfait à celui qu'il
« gratifie. Les conditions ou charges qu'il y ajoute ne sont
« généralement que des clauses accessoires, auxquelles
« dans sa pensée la libéralité elle-même n'est pas subor-
« donnée et qui n'empêchent pas qu'il ne se propose tou-
« jours pour but prédominant de gratifier le donataire ou le
« légataire. Or ce but ne serait pas atteint par lui, son inten-
« tion serait trompée si, lorsqu'il a inséré dans sa libéralité
« une condition impossible naturellement ou légalement, la
« libéralité qu'il a faite devenait elle-même impossible.
« Donc on a pu considérer que c'était se conformer à sa
« volonté que d'effacer la condition accessoire pour faire
« prévaloir la disposition principale, car cette disposition,
« apparemment il ne l'aurait pas faite, s'il n'avait pas voulu
« qu'elle fût valable ; or elle ne peut être valable qu'autant
« qu'elle sera séparée de cette condition qui, au contraire,
« la rendait nulle, et on semble être d'autant plus autorisé

(1) Voir dans ce sens Merlin, Demante, Laurent.

(2) Voir dans ce sens M. Bertauld, *Quest. prat. et doctrin.*, t. 2, p. 233 et Aubry et Rau.

(3) Demolombe, t. 18, p. 202.

« à supprimer, en effet, ces sortes de conditions, que le « testateur n'y saurait avoir d'intérêt puisqu'elles sont impossibles et qu'elles ne constituent pas en réalité des « conditions véritables. »

L'article 900 du Code civil est donc fondé, d'après ces derniers auteurs, sur la volonté du disposant lui-même qui est présumé n'avoir pas voulu subordonner l'existence de sa libéralité à la condition impossible ou illicite qu'il y a mise. De là une conséquence importante : s'il est prouvé que le disposant a entendu subordonner l'existence même de sa libéralité à la condition qu'il y a mise, l'article 900 n'est plus applicable. Comme l'ajoute Demolombe la libéralité tout entière doit alors être déclarée non avenue, non pas par défaut de capacité, mais par défaut de volonté.

C'est certainement cette théorie que suit la Cour de cassation qui juge que l'article 900 du Code civil n'est pas applicable lorsque la condition est la cause impulsive et déterminante de la libéralité. La condition est alors la cause de la libéralité ; si elle n'est pas exécutable la cause n'existe pas ; l'article 1131 du Code civil est par suite applicable et la libéralité disparaît en entier (1).

II. La clause pénale qui fait l'objet de cette étude n'est certainement pas une clause impossible, ni une clause contraire aux mœurs ; aussi ne nous occuperons-nous pas de ces deux sortes de conditions. Si elle tombe sous l'application de l'article 900 du Code civil, c'est au contraire à titre de condition illicite. Il est donc nécessaire d'étudier

(1) 3 juin 1863, Sirey, 1864.1.269. — 11 juillet 1883, Sirey, 1884.1.305.

quelles sont les conditions que l'article 900 comprend sous le nom de conditions illicites.

Si l'on s'en tient au texte de l'article 900 on doit dire qu'une condition contraire à une loi quelconque tombe sous le coup de cet article et doit être réputée non écrite. L'article 900 du Code civil parle en effet « des conditions contraires aux lois ». C'est bien là un terme général. On peut, au surplus, justifier cette solution : si une loi est portée c'est qu'elle a été jugée utile ; toute personne lui doit donc obéissance, et chacun doit s'y conformer. Merlin enfin était de cet avis et pensait que l'article 900 parle de toutes lois (1).

On n'a pourtant jamais osé pousser l'application de ce principe jusqu'à prononcer la nullité de tout acte ou de toute condition contraires à une loi quelconque, et c'est avec raison. Il faut, au contraire, combiner l'article 900 du Code civil avec les principes généraux qui régissent les lois. Comme le montre bien l'article 6 de notre Code, s'il y a des lois auxquelles il n'est pas permis de déroger, il en est d'autres auxquelles certainement on peut apporter des dérogations. L'article 900 ne peut pas échapper à ce principe : une condition ne sera donc illicite que si elle est en opposition avec une loi à laquelle on ne peut déroger. Si, au contraire, la loi avec laquelle elle est en opposition est une loi à laquelle il est permis d'apporter des dérogations, on ne voit pas pourquoi on devrait déclarer cette condition illicite, car ce n'est assurément pas violer une loi que d'y déroger lorsque le législateur le permet.

(1) Merlin, *Legs*, section 3, § 3, p. 25.

La question revient donc à rechercher quelles sont les lois auxquelles les particuliers peuvent apporter des dérogations.

Peu de questions de droit ont soulevé autant de difficultés que celle-ci dans ses applications, et les solutions de détail en sont très délicates. Nous ne passerons pas ici l'examen de ces diverses solutions ; nous énoncerons seulement le principe sur lequel on est d'accord et qui est ainsi formulé : on peut déroger aux lois qui ne concernent que l'intérêt des particuliers ; on ne peut pas déroger aux lois d'ordre public et d'intérêt social ni à celles que l'on qualifie spécialement de lois d'intérêt général. Tandis que le législateur s'oppose à toute dérogation concernant ces dernières, il ne lie pas les particuliers par les premières qui ne sont que l'expression présumée de leur volonté ; or ils peuvent vouloir autre chose que ce que le législateur a présumé.

Nous concevons fort bien la distinction entre les lois d'intérêt privé et celles d'intérêt public ; non qu'il soit aisé de définir ce que le législateur a voulu dire par lois intéressant l'ordre public, mais parce qu'il est certain que l'état des personnes, l'arrangement tant civil que politique des autorités dans la société et de la Société elle-même sont des lois d'ordre public.

La distinction, au contraire, entre les lois édictées dans un intérêt général et celles portées dans un intérêt privé nous semble extrêmement difficile à établir. Toutes les lois d'un pays concourent en effet, ou sont présumées concourir au bien commun et sont instituées dans un intérêt général, si bien que l'intérêt général et l'intérêt privé sont

intimement liés. Peut-être faut-il alors voir quel est l'élément qui prédomine, et décider qu'une loi est d'intérêt privé ou d'intérêt général selon que prédomine l'intérêt privé ou l'intérêt public ! De là, pour déterminer le caractère de chacune, des difficultés sans nombre : chaque solution est contestée et donne lieu à des discussions sans fin.

Quoi qu'il en soit, nous pensons que l'article 900 du Code civil ne s'applique qu'aux conditions contraires aux lois d'ordre public ; toute autre condition est en dehors de ses termes (1).

Par suite de cette liberté que le Code civil reconnaît à

(1) Ajoutons que l'article 900 du Code civil ne s'applique pas aux conditions qui sont imposées à d'autres qu'au bénéficiaire de la libéralité. Cet article suppose en effet que la condition mise à la libéralité est imposée à celui-là même qui bénéficie de cette libéralité, et il est alors très logique que, cette condition étant réputée non écrite, la libéralité lui reste comme si elle était pure et simple. Ce résultat au contraire ne saurait être admis lorsque celui qui est chargé de la condition, loin d'être le bénéficiaire de la libéralité, en deviendrait le débiteur si la condition était réputée non écrite. Prenons un exemple : un testateur laisse toute sa quotité disponible à Primus, son héritier, sous la condition qu'il renvoie sa femme, et il ajoute que si Primus ne le fait pas il devra payer à Secundus une certaine somme. La condition imposée à Primus de renvoyer sa femme est certainement illicite et est une de celles que l'article 900 répute non écrites. Il semble donc que ce legs fait à Secundus doive être considéré comme pur et simple, puisque la condition qui y est apposée est réputée non écrite. Mais c'est alors qu'il faut remarquer que ce n'est pas Secundus ou le bénéficiaire du legs qui est chargé de la condition, mais Primus qui, loin de bénéficier de ce legs, en est le débiteur dans le cas où la condition serait réputée non écrite. Nous ne sommes donc pas dans l'hypothèse de l'article 900 et il n'y a pas lieu de l'appliquer. On doit décider au contraire que le legs fait à Secundus est non avenu et non qu'il doit être considéré comme pur et simple. C'est du reste la solution que donnent tous les auteurs (Duranton, t. 8, n° 149. Aubry et Rau, t. 7, p. 294. Demolombe, t. 18, n° 217). C'est là une espèce particulière de libéralité qu'on appelle le legs pénal. On peut le définir le legs dont on charge son héritier ou son légataire pour le cas où il n'accomplirait pas ce qu'on lui ordonne de faire ; ce legs constitue donc une disposition pénale ; nous aurons à l'étudier et à en reconnaître ou à en discuter la validité.

tout disposant d'apposer à ses libéralités les conditions et charges qu'il juge convenables, il est impossible d'énumérer toutes celles qui sont d'un usage fréquent. Nous ne voulons ici étudier qu'une seule de ces modalités, la clause pénale, qui se distingue des autres charges en ce que le but en est d'assurer l'exécution d'une première disposition.

DE LA CLAUSE PÉNALE

DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

INTRODUCTION

Celui qui fait une libéralité peut y être poussé par différents motifs. Ou bien il récompense ceux qui lui ont rendu des services ; ou bien, animé d'intentions généreuses, il se dépouille uniquement pour gratifier le bénéficiaire. Dans les deux cas le résultat est le même : le disposant se dépouille sans compensation. Celui qui fait une libéralité accomplit donc un acte très grave et très préjudiciable pour lui. Néanmoins les dispositions à titre gratuit sont très fréquentes ; la cause en est que le testateur ou le donateur trouve sa récompense dans la libéralité qu'il fait ; il la trouve dans la satisfaction du bonheur qu'il procure à son légataire ou à son donataire ; il est heureux de ce bonheur parce qu'il en est la cause.

Mais il sera rare qu'il se contente de cette satisfaction et, presque toujours, il imposera au bénéficiaire une condition, c'est-à-dire le respect de sa volonté sur un certain point. Au sentiment de générosité qui lui a dicté sa libéralité se joindra le désir de voir sa volonté exécutée. Ce désir

pourra même être aussi fort que le sentiment de générosité, si bien que celui-ci dépende de celui-là. Le disposant déclarera dans ce cas faire dépendre sa libéralité de l'exécution de la condition ; le bénéficiaire sera tenu d'exécuter la volonté de son donateur s'il veut profiter de la libéralité.

Il n'y a du reste rien à cela que de très légitime. Pouvant ne rien donner, le disposant peut donner sous condition. Il faut toutefois remarquer que plus l'exécution de sa volonté paraît douteuse au donateur, plus celui-ci veut que le donataire s'y conforme, si bien que dans la plupart des cas c'est quelque chose d'illégal que celui-ci est obligé d'accomplir ; d'où la question de savoir si cette condition est valable.

Cette clause par laquelle le disposant déclare faire dépendre sa libéralité de l'exécution de sa volonté constitue la clause pénale. On peut donc définir la clause pénale celle qui a pour objet, dans l'intention de son auteur, d'assurer le plus possible l'exécution d'une autre disposition. Si cette clause n'était pas insérée dans les dispositions à titre gratuit, le bénéficiaire négligerait presque toujours de se conformer à la volonté de son bienfaiteur. Telle est la cause de l'emploi si fréquent de cette clause.

Il existe différentes façons de formuler une clause pénale, selon que l'on fait un legs pénal, que l'on révoque un legs ou que l'on le transfère *pœnæ causa*. Comme le dit Furgole, il existe trois sortes de dispositions pénales « soit pour laisser, soit pour révoquer ou pour transférer des libéralités ». Et ce même auteur donne les exemples suivants (1) :

(1) Furgole, *Traité des testaments*, t. 3, p. 470.

« Si le testateur dit : je défends à mon héritier de donner sa fille en mariage à Caius et s'il la lui donne je veux qu'il paie dix mille écus à Seïus, c'est un legs pénal. Le legs est révoqué *pænæ causa* s'il est dit : Si Sempronius à qui je lègue un tel fonds donne sa fille en mariage à Caius, je révoque le legs. Enfin le legs est transféré *pænæ causa* lorsqu'il est dit : Je lègue à Sempronius cent écus, et s'il donne sa fille en mariage à Caius je veux que la somme léguée appartienne à Mœvius. »

On n'emploie plus guère maintenant le nom de clause pénale que pour les deux derniers cas ; le premier est désigné plus spécialement sous le nom de legs pénal ; et même, des deux derniers cas le troisième est de beaucoup le plus fréquent, c'est la clause privative de notre ancien droit. L'on réserve le nom de clause révocatoire au deuxième, si bien que lorsque l'on parle de la clause pénale proprement dite, c'est presque toujours de notre ancienne clause privative, c'est-à-dire du transfert de libéralité qu'il est question.

Nous avons dit que la plupart du temps, le disposant emploie la clause pénale pour assurer l'exécution de sa volonté dans ce qu'elle ad'illégal, pour empêcher par exemple son donataire d'attaquer un acte nul ou pour lui retirer un droit que la loi lui confère ; et les cas d'application en sont nombreux dans la donation entre vifs, dans le testament et surtout dans le partage d'ascendant. Comme on le sait, ce dernier acte est soumis non seulement aux règles du testament et de la donation, suivant qu'il est testamentaire ou entre vifs, mais encore aux règles qui concernent les partages. Le disposant doit observer toutes ces diffé-

rentes règles qui gênent et limitent plus ou moins la faculté de disposer ; il est, par suite, plus exposé à faire un acte nul que lorsqu'il dispose simplement de ses biens par donation ou testament. De toutes ces chances de nullités, il s'en affranchit en insérant dans son partage une clause pénale. Les tribunaux par leurs nombreux arrêts nous montrent que cette clause est d'un emploi extrêmement fréquent et nous en indiquent les principaux cas d'application. Nous allons les résumer brièvement.

Un ascendant, en faisant le partage testamentaire de ses biens entre ses enfants, comprend fréquemment dans ce partage non seulement ses propres biens, mais aussi ceux de son épouse prédécédée. Ce partage est nul comme contraire à l'article 1021 du Code civil qui déclare nul le legs de la chose d'autrui. L'ascendant n'ignore pas cette cause de nullité ; il veut que malgré cette nullité son partage soit respecté. Il arrive à ce but en stipulant dans son partage que celui des co-partageants qui l'attaquera sera privé, quant aux biens paternels, de sa part dans la quotité disponible.

Cette clause pénale est très usitée ; les tribunaux ont eu à de nombreuses reprises à en examiner la validité (Cour de Besançon, 16 janvier 1846 ; Cour de cassation, 1^{er} mars 1830 et 1831 ; Cour de Caen, 9 juin 1874) (1).

L'ascendant qui fait le partage de ses biens peut, en deuxième lieu, enfreindre l'article 1079 du Code civil, et malgré cette infraction exiger de son héritier l'exécution de son partage. L'article 1079 du Code civil dit que tout

(1) Dalloz, 1847.2.127 ; 1831.1.142 ; 1831.1.82 ; 1876.2.33.

partage d'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus du quart ; aussi tout ascendant qui a contrevenu à cet article dans le partage de ses biens, ne manque-t-il pas d'y insérer une clause pénale par laquelle il déclare que celui qui attaquera ce partage sera privé de sa part dans la quotité disponible.

La Cour de Chambéry a eu à se prononcer sur la validité de cette clause le 8 juillet 1873 (1).

En troisième et quatrième lieux les articles 826 et 832 du Code civil occasionnent fréquemment l'emploi de notre disposition pénale. On sait qu'une jurisprudence constante déclare applicables au partage d'ascendant ces articles qui règlent la composition des lots. Nous n'avons pas à discuter ici cette jurisprudence qui nous paraît fort discutable ; nous l'admettons au contraire pour l'instant et, par suite, nous déclarons nul tout acte qui ne suit pas ces articles dans la répartition des biens. C'est pour éviter cette nullité que le disposant insère une clause pénale dans son partage, de sorte que l'héritier est obligé de respecter ce partage, s'il n'aime mieux perdre le montant de la peine qui, presque toujours, consiste dans sa part dans la quotité disponible.

Voir sur ce sujet : Cassation, 15 février 1870, Dalloz, 1870.1.182.

Souvent du reste l'ascendant qui fait le partage de sa fortune ne spécifie pas telle ou telle cause de nullité pour défendre à son héritier de l'invoquer. Il se contente de dire que le co-partageant qui attaquera son partage pour quel-

(1) Dalloz, 1874.2.198.

que cause que ce soit, encourra la peine. C'est un moyen commode de prévoir et d'empêcher toutes les causes de nullités. Aussi l'emploie-t-on fréquemment.

Cour de Poitiers, 20 février 1861. Cassation, 22 juillet 1874 (1).

Les cas que nous venons de signaler sont spéciaux aux partages d'ascendants. D'autres leur sont communs avec les donations et les testaments :

Un premier cas comprend toutes les conditions par lesquelles une personne cherche à diminuer la réserve de ses héritiers. L'hypothèse la plus ordinaire en est bien connue : je laisse à mon héritier réservataire l'usufruit de tous mes biens et la nue propriété à un tiers. J'ajoute que si mon héritier conteste ces dispositions je le prive de la quotité disponible en pleine propriété.

C'est bien ici le cas d'une clause pénale : je lègue à mon héritier l'usufruit de la quotité disponible s'il abandonne la nue propriété de sa réserve, sinon je lui enlève la pleine propriété. C'est là le genre de disposition pénale le plus fréquent : on défend à son héritier d'attaquer son testament pour atteinte portée à la réserve.

Les tribunaux abondent de dispositions à cet égard ; Cour de Paris, 20 janvier 1853 ; Cassation, 9 décembre 1862 ; Cour de Bordeaux, 9 juin 1863 etc... (2).

Un deuxième cas comprend les conditions par lesquelles un testateur tend à empêcher son héritier d'attaquer son testament qui est nul en la forme. Au moyen de cette clause pénale le testateur fait produire effet à des disposi-

(1) Dalloz, 1861.2.93 ; 1875.1.453.

(2) Dalloz, 1855.2.41 ; 1863.1.36 ; 1893.2.207.

tions, à des libéralités nulles que l'héritier n'était pas obligé d'observer : Cassation, 18 janvier 1858 (1).

La clause pénale peut être encore employée dans de nombreux autres cas, soit pour empêcher l'héritier d'attaquer un testament annulable par suite de captation ou de suggestion, soit pour empêcher d'attaquer une substitution prohibée, soit pour faire maintenir une donation faite à un incapable.

En dehors de toute peine stipulée pour le cas de la demande en nullité d'un testament ou d'un partage, on peut encore user de la clause pénale. C'est ainsi qu'elle peut servir à empêcher un héritier d'accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, ou d'y renoncer, à lui imposer l'inaliénabilité de certains immeubles, à lui interdire de se marier ou d'habiter dans un endroit déterminé, etc.

Nous n'avons pas la prétention d'énumérer ici toutes les dispositions auxquelles on peut apposer une clause pénale ; il faudrait pour cela examiner toutes les conditions auxquelles on peut soumettre une libéralité et le nombre en est infini. Nous avons cité les principales, celles que l'on rencontre le plus souvent et par conséquent celles sur lesquelles il est le plus utile de discuter. Et même, afin de ne pas compliquer inutilement notre rapide étude, nous servirons constamment d'un seul exemple, le plus usité dans la pratique, celui où le disposant prive de la quotité disponible celui de ses héritiers qui enfreint sa volonté.

(1) Dalloz, 1858.1.24.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT.

Nous venons de citer rapidement les principaux cas d'application de la clause pénale ; nous avons dit qu'elle était d'un emploi très fréquent. Il semble donc que les auteurs aient dû l'étudier, en déterminer avec précision les caractères et les effets, et être tous d'accord pour en reconnaître la validité ou pour au contraire en affirmer la nullité. Il n'en est pourtant rien. Les Romains, à la vérité, se sont préoccupés des dispositions pénales et ont déterminé les cas où elles seraient valables ; et nous voyons que Justinien a émis une loi spéciale à ce sujet.

De même nos anciens auteurs ont étudié cette question de droit et n'ont pas négligé de formuler tous les cas où ces dispositions seraient valables. La question de savoir si la clause pénale dans les actes à titre gratuit est valable ou nulle est pourtant discutée encore aujourd'hui, et bien peu de points de droit sont aussi difficiles à résoudre. Les différents auteurs qui l'ont étudiée ont émis des opinions très nombreuses et totalement opposées les unes aux autres. Nous allons examiner ces différentes opinions, mais auparavant mentionnons rapidement ce que décidaient et le droit romain et notre ancien droit.

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN.

D'après Julius Capitolinus l'empereur Antonin fut le premier qui déclara nulles les dispositions pénales : *primus constituit ne pænæ causa legatum maneret*. Le premier il déclara nulles les dispositions qui ont pour objet de forcer l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose et qui, principalement, ne tendent pas à gratifier la personne à laquelle la libéralité est faite. Telles sont les conditions suivantes : Si mon héritier marie ou bien ne marie pas sa fille à Seïus, s'il ne m'élève pas un monument dans tel délai, qu'il donne telle somme à Titius.

Par ces dispositions le testateur veut surtout contraindre son héritier à faire ce qu'il lui ordonne, et pour atteindre ce résultat il met à sa charge, en cas de désobéissance à sa volonté, une libéralité qui lui retire une partie du bénéfice de l'institution. Malgré cela, ces dispositions sont bien toujours des dispositions conditionnelles ; elles ne se distinguent de celles-ci qu'en ce que la condition consiste dans un fait imposé à l'héritier et non à celui qui doit profiter de la libéralité.

A partir de cette époque il fallut donc distinguer entre les dispositions pénales et les dispositions conditionnelles malgré la grande affinité existant entre elles : les pre-

mières étaient nulles, les secondes valables. Cette distinction n'était pas facile à établir, car aucune loi ne donnait une règle pour les discerner les unes des autres. C'était, disait-on, un point de fait dépendant de la volonté du testateur : *pœnam a conditione voluntas testatoris separat*. Et voici comment Godefroy exprimait cette règle : Lorsque la disposition est faite en haine de l'héritier elle est pénale ; lorsqu'elle tend à gratifier le légataire elle est conditionnelle : *Si odio hæredis id adpositum est, pœna est ; si in favorem legatorii, conditio*.

Cujas suivait également cette règle qui était du reste copiée sur la définition du legs pénal donnée par Ulpien dans ses fragments au titre 24 § 16 : *pœnæ autem causa legatur quod coercendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quidem, aut non faciat, non ut legatum pertineat*.

Justinien lui-même avait adopté cette définition dans ses *Institutes, de legatis*, § 36 : On lègue par forme de peine, dit-il, quand on lègue pour punir son héritier en cas qu'il fasse ou ne fasse pas quelque chose, comme si l'on dit : Je veux que mon héritier, s'il donne sa fille en mariage à Titius ou au contraire s'il ne donne pas sa fille en mariage à Titius, paie dix écus d'or à Titius.

La décision de l'empereur Antonin fut confirmée par les empereurs qui lui succédèrent. Ulpien nous le dit : *pœnæ causa legari non potest*, dit-il, dans ses fragments au titre 24 § 17, et au titre 25 § 13 : *pœnæ causa certæ vel incertæ personæ, ne quidem fideicommissa dari possunt*. On ne distinguait donc pas selon que les dispositions pénales renfermaient ou non une condition illicite ou honteuse pour ne les déclarer nulles que dans le premier cas. Elles étaient

proscrites sans qu'on ait à examiner si la condition portait sur un fait licite ou illicite.

Comme le dit Furgole il était assez difficile de connaître les raisons de cette proscription de l'empereur Antonin : « les auteurs, dit-il (1), se sont fatigués en vain pour « les découvrir, mais il me semble qu'il n'y en a pas de « meilleure que la volonté du législateur, vu qu'en raison- « nant sur les principes reçus, ces dispositions devaient « être autorisées. »

Et c'est bien notre avis. On ne peut pas en effet soutenir sérieusement que l'intention de gratifier un légataire soit inconciliable avec celle d'imposer une peine à l'héritier : chacun est libre d'imposer sa volonté à ses légataires comme à ses héritiers, et un testateur n'a pas à justifier des motifs qui le déterminent à faire telle ou telle libéralité. La décision de l'empereur Antonin était d'autant moins explicable que la loi des XII Tables donnait aux testateurs une liberté indéfinie pour disposer comme ils le jugeaient à propos et imposer toutes les conditions qu'ils décidaient, et que, comme le dit Furgole, l'imposition des peines faisait partie de cette liberté indéfinie.

Aussi voyons-nous Justinien réformer la décision d'Antonin et permettre à tout testateur, par la loi *de his quæ pænæ nomine* portée en l'an 528, d'imposer toutes les peines qu'il jugerait convenables.

Les dispositions pénales devinrent donc valables. Justinien laissa néanmoins subsister la nullité à l'égard des dispositions imposant à l'héritier des faits impossibles, déshon-

(1) Furgole, p. 469.

nêtes ou prohibés par les lois. L'héritier pouvait toujours, en pareil cas, se dispenser, sans crainte d'encourir la peine, d'obéir à l'ordre du testateur.

C'était donc une assimilation complète entre les dispositions pénales et les dispositions conditionnelles.

Une différence subsistait néanmoins entre elles : lorsqu'il s'agissait d'un legs simplement conditionnel, le légataire recevait la libéralité quoique la condition qui y était apposée fût impossible de fait ou de droit. Dans le cas d'une disposition pénale, au contraire, celui en faveur duquel elle était faite n'en profitait pas lorsque le fait servant de fondement à la peine était impossible ou contraire aux lois ou aux bonnes mœurs ; et dans cette dernière hypothèse, l'objet de la libéralité restait à celui qui était chargé du fait impossible ou illicite puisque c'était la loi elle-même qui le dispensait de l'accomplir.

La raison de cette différence est facile à comprendre ; s'agit-il d'un legs, le légataire est bien l'objet principal et même l'objet unique de la libéralité ; c'est lui que le disposant a entendu gratifier ; c'est donc lui qui doit profiter de ce legs que la loi décharge d'une condition illicite. S'agit-il au contraire d'une disposition pénale, la personne qui est désignée pour en recueillir le bénéfice en cas de non-exécution de l'ordre prescrit, n'est pas le véritable objet de la libéralité ; ce que désire le disposant, c'est que sa première disposition produise son effet ; la disposition pénale n'arrive qu'en second lieu et pour favoriser ce résultat ; le disposant stipule une peine parce que de cette façon celui contre qui elle est dirigée exécutera presque toujours l'ordre du testateur, afin d'éviter la déchéance qui serait la suite de son inexécution.

Celui qui doit profiter de la peine n'en doit donc profiter qu'au seul cas où le principal bénéficiaire refuse d'accomplir la volonté du disposant, et par suite il n'en doit pas profiter lorsque le fait qui sert de fondement à la peine est tel qu'il ne peut ou ne doit être accompli. C'est ce que disait la loi *de his quæ pœnæ nomine in testam scribuntur* : « *quod si aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probatum, vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit ; tunc si ullo damno, etiam neglecto testatoris præcepto, servabitur.* »

Ajoutons en terminant que les Romains ne pratiquaient pas notre clause pénale proprement dite, c'est-à-dire la clause révocatoire ou la clause privative. Ils n'usaient guère que du legs pénal qui, comme nous l'avons dit, est une autre espèce de disposition pénale.

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Dans notre ancien droit la clause pénale était d'un emploi très fréquent, et l'on usait surtout et plus spécialement de la clause privative dont la possibilité d'application était très grande par suite des différences que l'on observait pour la disponibilité entre les meubles et les im-

meubles et entre les immeubles de telle ou telle espèce. Par cette clause privative, en effet, le testateur déclarait que si ses héritiers contrevenaient à sa volonté en réclamant les réserves coutumières dont il disposait à leur préjudice, ils seraient privés de tous les biens disponibles qu'il donnait en ce cas à son légataire. Aussi voyons-nous que presque tous les partages d'ascendants renfermaient une disposition semblable défendant aux héritiers d'attaquer le partage sous peine pour celui qui le contesterait de perdre tout droit dans le disponible, et que presque toujours le testateur qui faisait des legs au profit de ses enfants ou de ses descendants, déclarait qu'il les en privait dans le cas où ils feraient réduire à la quotité déterminée par la loi les dispositions qu'il avait faites au delà de cette quotité.

Merlin rapporte que la clause privative était expressément adoptée par les chartes générales de Hainaut et généralement admise dans tout le royaume. De nombreux arrêts et enquêtes par turbes prouvent également que cette clause était d'un usage habituel en Artois et dans la Flandre flamande (1) ; c'est ainsi que sous la coutume d'Artois, il a été jugé qu'un père pouvait priver son fils aîné de toute part dans ses biens disponibles pour le cas où il voudrait exercer son droit d'ainesse. Certains auteurs même, comme Boucheul, ajoutent que, lorsque la clause pénale n'était pas exprimée, on devait la sous-entendre. Coquille énonce cette doctrine au sujet du partage fait par le père de la succession de la mère ; suivant cet auteur, les enfants

(1) Enquêtes par turbes d'Arras, 17 avril 1638. — Arrêts du Parlement de Paris des 26 août 1635 et 14 juin 1704 ; arrêt du Parlement de Flandre du 23 octobre 1691 ; arrêt de cassation du 12 germinal an IX.

devaient en ce cas ou exécuter le partage, ou se contenter de leur légitime dans la succession de leur père.

De même, quelque vaine que fût la quotité disponible dans les différentes coutumes, toutes décidaient que si l'héritier légal acceptait ce qui lui était laissé par le testament du défunt, il ne pouvait plus en attaquer les dispositions ; et même dans la châtellenie de Lille où il était défendu de tester de la moindre partie de ses immeubles, un héritier légal en acceptant un legs se rendait inhabile à succéder *ab intestat* (1).

La validité de la clause pénale n'avait cependant pas été, dans notre ancien droit, admise sans discussions, et l'on avait longtemps hésité pour savoir si l'on devait suivre en France dans les pays coutumiers, la disposition de l'empereur Antonin, ou si, au contraire, on devait y appliquer celle de Justinien. Un arrêt en date du 1^{er} août 1676 fut interprété successivement dans ces deux sens ; il nous semble donc utile de le mentionner ici :

Les administrateurs de l'Hôtel-Dieu avaient demandé la délivrance d'un legs à eux fait par un sieur de Flécelles pour le cas arrivé où la dame du Coudray, mère du sieur de Flécelles, qui était instituée légataire à titre particulier, réclamerait sa part de propres et une créance qu'elle avait contre son fils. Le Parlement de Paris rejeta cette demande en délivrance des administrateurs de l'hôpital, ce qui fit penser qu'il n'admettait pas la validité des clauses pénales ; aussi voyons-nous les rédacteurs du *Journal du Palais*, sur le fondement de cet arrêt, conclure que l'on appli-

(1) Parlement de Flandre, 23 mars 1724.

quait en France la disposition d'Antonin et non celle de Justinien, et même approuver cette façon de voir. « Il faut
« faire, disent-ils, grande différence entre les lois romaines
« qui ont été faites par les premiers empereurs auxquels nos
« Gaules ont été soumises et les lois établies par les empe-
« reurs grecs depuis l'établissement de ce royaume. A l'é-
« gard des premiers, bien que leurs lois ne nous lient pas
« absolument, nos rois nous en ayant affranchis, nous leur
« devons néanmoins quelque déférence et quelque respect
« parce que pendant que notre pays a été sous la domina-
« tion des Romains, elles y ont été en vigueur et que même
« depuis qu'il a passé sous la puissance de nos rois, elles y
« ont encore été longtemps observées... Mais à l'égard des
« autres lois faites par les empereurs grecs, elles nous sont
« entièrement étrangères ; elles viennent de législateurs
« qui n'ont jamais eu de juridiction sur nous. » D'où ils
concluaient « que lorsqu'on dit que sous le règne de nos
« premiers rois les Gaulois nouvellement conquis étaient
« régis par les lois romaines, cela s'entend de celles qui
« sont compilées dans le Code Théodosien, lequel avait été
« reçu dans les Gaules, et non de celles qui sont compilées
« dans le Code de Justinien qui n'a été mis en lumière
« dans l'Occident qu'environ en l'an 1127, six cents ans
« après la mort de son auteur, du temps de l'empereur Lo-
« thaire II » (1).

Ce n'était pourtant pas là l'opinion de tous ceux qui étudiaient le droit. Furgole répond aux rédacteurs du *Journal du Palais* que c'est là un paradoxe insoutenable « car quoique du temps de l'empereur Justinien les Fran-

(1) *Journal du Palais*, t. 1, p. 766.

« gais eussent leurs rois qui étaient indépendants de l'empire grec, il est également vrai que le droit de Justinien a été adopté comme raison écrite dans la France coutumière » ; et il ajoute que c'est le Code de Justinien et non le Code Théodosien qui doit être suivi en France.

Merlin est également contraire à l'opinion des rédacteurs du *Journal du Palais* et donne une toute autre raison de l'arrêt du Parlement de Paris que nous avons mentionné. Il pense que la raison pour laquelle l'arrêt en question a debouté les administrateurs de l'Hôtel-Dieu de leur demande en paiement du legs à eux fait, est que le principal motif du testateur en disposant par clause privative des biens auxquels la loi lui défend de toucher, a été de punir son héritier d'une résistance légitime à sa volonté (1).

En consultant les recueils des arrêts du Parlement de Paris on trouve un arrêt en date du 23 avril 1709 qui, au contraire de celui que nous venons de citer, a ordonné l'exécution d'un testament contenant une disposition pénale, et qui par suite proclame l'application de la loi de Justinien. C'est du reste cette solution que l'on admit dans la suite : on reconnut comme valables les dispositions pénales, du moins en règle générale, car cette règle comportait les mêmes exceptions que celle qui autorisait tout testateur ou donateur à disposer sous telle condition qu'il jugerait à propos. On devait considérer comme nulles les dispositions pénales aussi bien que les dispositions conditionnelles ordinaires, lorsqu'elles étaient impossibles ou

(1) Merlin, *Peine testamentaire*, p. 419.

contraires aux lois ou aux mœurs. Furgole le dit expressément dans son *Traité des testaments* (1) : « Mais il faut
 « prendre garde que cette règle qui autorise les dispositions
 « pénales, souffre des exceptions qui sont les mêmes que
 « celles que les lois ont faites par rapport aux dispositions
 « qui sont simplement conditionnelles ; en sorte que pour
 « cette validité il faut considérer la qualité des faits qui sont
 « le fondement de la peine, tout de même que l'on doit exa-
 « miner la qualité des conditions simples ajoutées aux dis-
 « positions non pénales ; et comme dans les dispositions
 « simplement conditionnelles on rejette et l'on regarde
 « comme non écrites les conditions impossibles de fait ou
 « de droit, celles qui sont déshonnêtes ou contre les bonnes
 « mœurs et celles qui sont contraires à la disposition des
 « lois, il faut pareillement rejeter et regarder comme non
 « écrites les dispositions pénales lorsque le fait qui sert de
 « fondement à la peine est impossible de fait ou de droit
 « ou contre l'honnêteté et les bonnes mœurs ou contraire
 « à la prohibition des lois. »

Toutes les difficultés sur la matière des dispositions pénales se réduisaient donc à la question de savoir si le fait qui servait de fondement à la peine était possible et licite, ou au contraire illicite ou impossible. Au premier cas la disposition était valable ; au second elle était nulle. Et, pour prendre les exemples choisis par tous les auteurs, nous dirons que si un testateur défendait à son héritier de marier sa fille à Caius et lui ordonnait en cas de contravention à cette volonté de payer cent écus à Sempronius,

(1) Furgole, t. 3, p. 471.

ce dernier pouvait forcer l'héritier à lui payer ces cent écus s'il ne respectait pas la volonté du défunt et donnait sa fille en mariage à Caius. Nous dirons au contraire qu'on devait déclarer nulle la clause pénale tendant à faire valoir un testament nul par défaut de formalité. Supposons par exemple qu'un testateur ait dit : « je veux que mon testament soit exécuté tel qu'il est, et j'institue pour héritier tel hôpital pour le cas où quelques-uns de mes héritiers légitimes en demanderaient la nullité. » Cette disposition était nulle si le testament n'était pas revêtu des formalités prescrites par la loi, parce que c'était contrevenir à la loi que de tester sans les formes qu'elle imposait. De même était nulle la clause par laquelle un mari voulant avantager sa femme dans une coutume qui défendait toute donation entre époux, déclarait, en lui faisant un legs, qu'au cas où ses héritiers viendraient à contester cette libéralité, il léguait ses biens à une autre personne qu'il désignait.

Si ces cas n'offraient aucune difficulté il n'en était pas de même d'une autre hypothèse extrêmement fréquente dans notre ancien droit : nous voulons parler de celle où la clause pénale empêchait d'attaquer une libéralité portant sur des biens indisponibles. Voilà un testateur qui, dans une coutume interdisant toute disposition des biens propres, laissait à un légataire tous ses biens propres et ajoutait qu'au cas où son héritier ne voudrait pas exécuter cette disposition, il léguait au même légataire tous ses meubles et acquêts. Une telle disposition était-elle valable ? devait-on au contraire la déclarer nulle ?

A suivre la règle que nous venons d'exposer et qui était

déjà suivie dans le droit romain, il semble que l'on devait certainement la déclarer nulle, car, comme le disait Furgole, elle était contraire à la coutume prohibitive et l'on se trouvait dans le cas de la loi qui annulait les dispositions pénales puisque la condition tombait sur un fait prohibé. Le testateur n'avait bien ici ajouté le legs de tous ses meubles et acquêts que pour forcer son héritier à respecter un fait prohibé, la disposition des biens propres ; il semble donc qu'il n'y avait pas à hésiter et que cette disposition était nulle.

Cette solution était néanmoins unanimement repoussée et tous les auteurs reconnaissaient que cette clause pénale était valable. Mais ils n'étaient pas d'accord sur le point de savoir par quels motifs ils devaient justifier leur opinion.

Ricard déclarait cette clause valable parce qu'elle est apposée par forme d'alternative et c'est aussi ce que prétendait M. l'avocat général Joly de Fleury dans son plaidoyer du 20 août 1708 qui est rapporté au *Journal des Audiences*.

Furgole au contraire donnait à la même solution un tout autre motif et rejetait complètement celui que donnait Ricard : « Ce n'est pas », dit-il dans son *Traité des testaments* (1), « à cause que la disposition est conçue par « forme d'alternative ainsi que l'a pensé Ricard, vu que « l'alternative ne serait pas capable de rendre valable une « disposition illicite, mais parce qu'on n'est pas dans le « cas d'une disposition véritablement pénale dans le sens « de la loi, car, comme nous l'avons observé plus haut, la

(1) T. 3, p. 474.

« disposition pénale est celle qui n'a pas pour objet de gratifier le légataire mais qui a pour but de punir l'héritier. « Or dans les cas proposés le but du testateur est de gratifier le légataire et non de punir l'héritier ; par conséquent les dispositions sont conditionnelles simplement et non pénales ; elles doivent donc être efficaces comme le serait un legs conçu en ces termes : Je lègue à ma femme dix muids de bled par an et si mon héritier ne paie pas cette quantité je veux qu'il lui donne cent écus. « On doit dire la même chose dans tous les autres cas où la condition porte sur des biens non disponibles comme sur le bien d'autrui ou sur la légitime dans les pays de droit écrit, lorsqu'il paraît de la disposition que l'objet du testateur a été de gratifier le légataire, *ut legatum pertineat*, selon les expressions d'Ulpien dans ses fragments titre 24 § 16, et non pour punir l'héritier ; car c'est la véritable règle pour distinguer les dispositions pénales de celles qui sont simplement conditionnelles comme le prouve le paragraphe d'Ulpien que nous venons de citer. »

Merlin rejetait également le motif donné par Ricard, et comme Furgole, il disait que cette clause était valable non pas parce que la peine était prononcée sous forme d'alternative, car une disposition illicite n'est pas plus valable pour être conçue sous forme d'alternative, mais parce que cette clause ne constituait pas une véritable disposition pénale.

D'après ces deux auteurs on devait donc considérer comme nulles les conditions qui portaient sur des biens non disponibles, lorsqu'on se trouvait dans le cas d'une

disposition réellement pénale, c'est-à-dire faite non pour gratifier le légataire mais pour punir l'héritier d'une résistance légitime à la volonté du testateur ; on était alors dans le cas d'un fait prohibé ou contraire aux lois.

Nous avons vu précédemment que Godefroy établissait également cette distinction ; on peut donc dire que cette distinction a dominé notre ancien droit.

Il s'élevait aussi dans notre ancien droit d'autres difficultés au sujet des dispositions pénales, mais à un autre point de vue, savoir : l'effet à attribuer à ces dispositions pénales. Devait-on les considérer comme des dispositions comminatoires ?

Rappelons ici ce qu'on entend par clause comminatoire. On appelle ainsi les clauses auxquelles les tribunaux peuvent, tout en les déclarant valables, ne pas donner tout l'effet qu'elles doivent produire. Si donc notre clause était comminatoire les tribunaux ne devaient l'appliquer que lorsque l'héritier qu'elle concernait était de mauvaise foi.

Nos anciens auteurs étaient sur ce point d'avis très partagé ; un grand nombre de jurisconsultes tenaient notre clause comme comminatoire ; tels étaient Paul de Castro, Balde, Voël, Ricard etc. « Il est pourtant véritable, dit ce « dernier (1), que dans l'événement nous avons coutume « de prendre ces peines écrites dans un testament pour « comminatoires, et on se contente d'adjuger simplement « le legs à celui auquel il est fait sans le profit de la « peine. » D'après ces auteurs les peines testamentaires n'étaient donc pas encourues de plein droit par la contra-

(1) Ricard, *Des donations*, t. 1, 3^e partie, n^o 1548.

vention de l'héritier, et elles ne pouvaient être prononcées contre lui que dans les cas très rares où les procès qu'il suscitait étaient jugés n'avoir pas d'autre cause qu'un esprit de chicane et de calomnie.

La jurisprudence semblait se conformer à cette opinion et c'est ainsi que Merlin rapporte trois arrêts dont deux du Parlement de Flandre rendus les 17 avril 1681 et 31 janvier 1701, et un du Parlement de Paris en date du 28 août 1708 rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Joly de Fleury, qui se sont prononcés dans le sens que nous venons de rapporter. Les deux premiers, en effet, ont jugé que la peine n'était encourue par l'héritier « que si la poursuite peut être accusée d'une calomnie « toute évidente », et voici le dernier tel qu'il est rapporté par Merlin (1).

Étienne Braquet, ancien avocat au Parlement de Paris, avait légué à chacun des sieurs Lefebvre, ses deux neveux, 25.000 livres à la charge de ne rien prendre sur ses propres et de renoncer à sa succession ; au cas où l'un ou l'autre voulût y prendre part ou former quelque autre prétention sur ses biens, il ordonnait qu'ils fussent réduits tous deux aux quatre quintes, et il révoquait les legs dont il les avait gratifiés en cas qu'ils inquiétassent ses exécuteurs testamentaires ou qu'ils intentassent aucune demande soit contre eux soit contre sa succession. Les deux légataires contestèrent les dispositions du défunt, et les administrateurs de plusieurs hôpitaux qui étaient institués légataires universels, demandèrent alors qu'ils fussent privés de leurs legs. La cause fut portée à

(1) Merlin, *Peine testamentaire*, p. 120.

l'audience de la grande chambre et M. l'avocat général Joly de Fleury soutint les conclusions suivantes : « On a
 « agité la question de savoir si les peines devaient être
 « seulement comminatoires et l'on voit que c'est le sen-
 « timent de Ricard. En effet il semble que les testaments
 « n'étant autre chose que l'expression de la volonté des
 « testateurs, il ne faut pas leur donner plus d'étendue que
 « cette volonté quoique les termes sont contraires. Or
 « quelle est la volonté d'Étienne Braquet ? Que ses deux
 « neveux aient 50.000 livres et que les légataires univer-
 « sels aient le reste ; s'il a révoqué en cas de contestation
 « c'était une menace pour empêcher qu'ils ne contestas-
 « sent, ce n'était pas qu'il eût l'intention de donner davan-
 « tage aux légataires universels. Ainsi cette peine ne doit
 « pas avoir lieu au profit des hôpitaux qui ne doivent pas
 « être si favorables dans ces sortes de peines ; s'il y avait
 « vexation cela serait bien, mais ici il n'y en a point ; par
 « conséquent ils ne peuvent rien prétendre de plus que
 « leurs legs. » Et l'arrêt précité a adopté ces conclusions.

Nous avons dit que les auteurs qui déclaraient la clause pénale comminatoire rejetaient toutefois cette solution lorsque les poursuites de celui à qui le testateur défend d'en provoquer, dégénéraient en calomnie et en chicane. Ricard cite un exemple pour prouver qu'il admettait ce tempérament (1) « Il s'est toutefois trouvé des rencontres, dit-il,
 « auxquelles la Cour dans le cas d'une vexation extraor-
 « dinaire a adjugé de semblables peines, particulièrement
 « lorsqu'elles sont modiques, comme faisant fonction de
 « dommages-intérêts. Nous en avons dans notre famille

(1) Ricard, *Des donations*, t. 1, 3^e partie.

« un exemple et j'ai, en mon particulier, profité d'une
« rente qui m'a été donnée par contrat de mariage, la-
« quelle procédait d'une pareille peine adjugée en cette
« espèce : Maître Raoul Ricard, mon père et bienfaiteur,
« était neveu d'une femme qui avait des magistrats sou-
« verains pour habiles à lui succéder ; faisant son testa-
« ment elle reconnaît les obligations qu'elle avait à mon
« père, et fait quelques dispositions en sa faveur avec
« cette précaution, qu'en prévoyant le crédit et l'autorité
« de ses héritiers et qu'ils ne manqueraient pas de con-
« tester ce legs, elle déclara qu'elle voulait qu'au cas que
« mon père fut traversé dans la délivrance et jouissance
« de son legs par ses héritiers, il eût, outre son legs prin-
« cipal, une rente de cent livres par chacun an ; en con-
« séquence de quoi, ce testament ayant été traversé avec
« toutes les vexations imaginables, mon père présenta
« incidemment sa requête, à ce qu'en confirmant le testa-
« ment la peine y contenue fût pareillement adjugée, ce
« qui fut fait en l'un et l'autre chef par l'arrêt qui inter-
« vint le 25 mars 1622. »

D'autres auteurs, au contraire, n'admettaient pas que la clause pénale fût comminatoire. Furgole, par exemple, rejetait l'opinion de Ricard ; il la repoussait parce que, par suite de l'assimilation des clauses pénales avec les autres dispositions conditionnelles, il fallait reconnaître à ces deux sortes de dispositions la même force et le même effet ; et qu'il n'y avait aucune raison pour considérer comme comminatoire la condition attachée à une disposition pénale, étant admis que les conditions attachées aux autres libéralités non pénales produisaient leur effet de plein

droit. Furgole de plus critiquait les motifs que donnait Ricard pour justifier l'arrêt du 25 mars 1622 qui, comme nous venons de le voir, avait jugé que la disposition pénale n'était pas comminatoire et qu'elle produisait son effet : « Les chicanes, dit-il (1), ni les vexations ne sont pas
 « capables de produire la peine de privation ; elles peuvent aboutir à faire condamner le chicaneur aux dépens
 « et aux dommages-intérêts ; c'est là leur unique peine
 « suivant les ordonnances, notamment celle de 1536. La
 « privation ne peut ni ne doit avoir d'autre fondement que
 « la condition pénale et la contravention à la défense du
 « testateur. Aussi cette contravention doit-elle opérer son
 « effet de plein droit, parce que la loi l'y a attachée et que
 « c'est par elle qu'on doit se régler et non par des considérations cérébrines et arbitraires qui sont des injustices réelles et des contraventions, non seulement à la
 « disposition de la loi, mais encore à la volonté du testateur qui n'a fait ni n'a voulu faire la libéralité que sous
 « la condition qu'il a imposée ; que cette condition affecte
 « la libéralité et en fait partie et que c'est contre toute
 « sorte de droit de séparer la charge de la libéralité à
 « laquelle elle est attachée. »

Merlin était du même avis que Furgole et pensait que c'était aller contre tous les vrais principes que de déclarer comminatoires les dispositions pénales.

Malgré ces deux derniers auteurs on est obligé de reconnaître que l'opinion contraire à la leur prévalut, et que dans notre ancien droit la clause pénale était généralement considérée comme comminatoire.

(1) Furgole, *Des testaments*, t. 3, p. 481.

Résumons en peu de mots ce que décidait notre ancien droit en ce qui concerne les dispositions pénales : il admettait la validité de ces dispositions et les assimilait aux dispositions conditionnelles, sauf que dans ces dernières la nullité de la condition n'empêchait pas la disposition principale de produire son effet, tandis que dans les dispositions pénales, au contraire, la prohibition du fait auquel la peine était attachée annulait la disposition pénale pour le tout ; celui au profit duquel elle était faite ne pouvait donc pas en profiter. Il considérait, de plus, la clause pénale comme une disposition comminatoire.

CHAPITRE III

CODE CIVIL.

La loi du 17 nivôse an II et le Code civil ont, pour la disponibilité, abrogé toute différence tant entre les meubles et les immeubles qu'entre les immeubles de telle ou telle espèce. Aussi la clause privative, qui était d'un emploi si fréquent dans notre ancien droit, est-elle devenue moins utile et par suite plus rare. Et, comme le dit Merlin (1), tout se réduit actuellement au sujet des clauses privatives à deux principes :

(1) *Peine testamentaire*, p. 398.

1° Un testateur qui a des enfants ou des ascendants peut, en leur faisant des legs, déclarer qu'il les en prive dans le cas où ils feraient réduire à la quotité déterminée par la loi les dispositions qu'il a faites au delà de cette quotité.

2° Si le testateur n'a pas apposé à ces legs la clause privative, les enfants ou ascendants légataires les recueilleront sans difficulté, même en faisant réduire les dispositions excessives ; mais ils seront tenus d'imputer ces legs sur la portion qu'ils feront adjuger comme indisponible.

Mais, nous l'avons dit précédemment, la clause privative n'est qu'une espèce particulière de disposition pénale, et si l'on n'use plus de la clause privative proprement dite, on emploie très fréquemment les clauses pénales pour priver son héritier ou son légataire d'un droit que la loi lui donne, ou l'empêcher d'attaquer une disposition nulle. Cette clause pénale, en réalité, n'est que notre ancienne clause privative ; comme elle, elle a pour but de faire respecter la volonté du disposant. La seule différence qui les distingue, consiste en ce qu'il ne s'agit plus maintenant des réserves coutumières.

Le nombre imposant de jugements et arrêts que les tribunaux et les cours ont rendus sur ce sujet, prouve que malheureusement et malgré l'emploi très fréquent qu'on fait de la clause pénale, nous n'avons aucun texte de loi précis en énonçant la nullité ou la validité. Le législateur de 1804 semble en effet avoir totalement oublié d'établir des règles au sujet de la clause pénale dans les actes à titre gratuit. Le Code civil s'occupe bien dans les articles 1226 et suivants d'une clause pénale, mais il ne s'agit là que de la clause pénale insérée dans les conventions. Il

ne dit rien au contraire sur celle que renferment les actes à titre gratuit ; or, ces deux sortes de clauses n'ont de semblable que le nom. La clause pénale dont le Code s'occupe dans les articles 1226 et suivants est la convention par laquelle une personne s'engage à quelque chose pour le cas qu'elle n'exécuterait pas, ou n'exécuterait que tardivement, une obligation qu'elle a contractée, et la peine est ce que cette personne s'engage à donner à titre de dommages et intérêts. Cette clause a donc l'avantage de soustraire l'évaluation de ces dommages et intérêts à l'appréciation arbitraire et coûteuse du juge.

Ainsi que nous le savons le but que se propose celui qui insère dans son testament une clause pénale est tout autre : il veut, non pas fixer le chiffre de dommages-intérêts quelconques, mais bien faire ce qui est en son pouvoir pour assurer l'exécution de sa volonté.

Ces deux sortes de clauses n'ont donc ni le même but ni la même nature. Doit-on alors, et malgré cette différence, leur appliquer les mêmes règles ? doit-on étendre à l'une les articles du Code que le législateur a édictés pour l'autre ? Ces articles disent que la clause pénale conventionnelle suppose une obligation déjà existante ; qu'elle est donc une convention accessoire. Elle ne peut subsister si la première obligation n'est pas valable, dit l'article 1227 ; mais la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale, ajoute le même article, 2^e alinéa.

Doit-on également déclarer accessoire la clause pénale testamentaire ? doit-on lui appliquer l'article 1227 ?

Nous avons vu que le droit romain et notre ancien droit

français assimilaient ces sortes de dispositions pénales aux dispositions conditionnelles. L'on peut alors se demander si ce n'est pas cette ancienne règle que le législateur du Code civil a entendu consacrer par son silence. Dans ce cas ce n'est pas l'article 1227 du Code civil qu'il faut appliquer, mais bien l'article 900. Tandis que si l'on étend aux clauses pénales testamentaires les règles que le Code a formulées pour la clause pénale conventionnelle, on est obligé de rejeter l'application de l'article 900.

Chacune de ces deux opinions a été soutenue ; chacune a eu et a de nombreux partisans ; et nous voyons la jurisprudence varier si souvent dans ses décisions qu'on peut plutôt dire qu'elle ne s'est ralliée à aucune théorie, que de lui prêter telle ou telle opinion.

Nous allons étudier ces diverses opinions ; nous exposerons les divers arguments proposés pour soutenir chacune d'elles, et nous choisirons celle qui nous paraîtra la plus juste.

Observons tout d'abord qu'il ne s'agira que de la clause pénale qui a pour but de retirer à quelqu'un l'exercice d'un droit que la loi lui confère, ou de couvrir une nullité ou une infraction à la loi. Il est incontestable, en effet, que tout disposant, après avoir fait une libéralité dont la validité est certaine, peut stipuler, pour le cas de son inexécution, toutes les peines qu'il juge convenables ; aucune discussion ne peut s'élever à cet égard.

SECTION I

§ I. — Théorie de la nullité de la clause pénale.

Dans une première opinion on prétend que la clause pénale doit toujours être réputée non écrite, parce qu'elle ferme à une personne l'accès des tribunaux contre le vœu formel de la loi qui veut que toutes les plaintes légitimes puissent être écoutées ; cette clause, dit-on, entrave la liberté qu'a tout individu d'attaquer un acte régulier ou annulable ; elle prive le bénéficiaire de la première disposition d'un droit que la loi lui accorde ; elle est donc contraire à la loi, illicite, et doit être réputée non écrite.

Nulle distinction à faire dans ce système ; quelle que soit la disposition que la clause pénale a pour objet de valider, celle-ci est illicite et ne peut produire aucun effet. Prenons un exemple : un père, en faisant entre ses deux enfants le partage testamentaire de sa fortune, attribue à Primus tous ses immeubles tandis qu'il attribue à Secundus tous ses meubles, et ajoute, qu'au cas où l'un de ses enfants attaquerait le partage, il lègue à l'autre enfant par préciput toute la quotité disponible.

Cette clause pénale ne produira aucun effet : Primus ou Secundus pourra demander la nullité du partage, et quelle que soit l'issue du procès, l'enfant qui n'a pas attaqué le partage ne sera pas légataire de la quotité disponible ; celle-ci sera partagée entre les deux enfants par portion égale, à moins que le testateur n'ait fait un legs par préciput ou hors part à l'un ou à l'autre.

Ainsi qu'on le voit ce système ne respecte pas la volonté du testateur, puisqu'il consiste à ne pas tenir compte des charges imposées aux héritiers. La règle, qu'on doit dans les testaments suivre autant que possible la volonté du testateur, ne recevra pas ici son application ; ce n'est du reste pas là une objection, ce n'est que la constatation d'une des conséquences de ce système, et quelque fâcheuses qu'elles soient, elles ne peuvent pas le faire rejeter s'il est conforme aux termes de la loi.

Or que dit la loi ?

« Dans toutes dispositions entre vifs ou testamentaires
« les conditions impossibles, celles qui seront contraires
« aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites »
dit l'article 900 du Code civil. Une clause pénale qui, comme celle de l'exemple que nous avons proposé, tend à retirer à une personne l'exercice d'une action en nullité, est-elle une condition contraire aux lois ? Si oui, elle est nulle ; dans le cas contraire elle est valable, car il est évident qu'une telle clause n'a rien de contraire aux mœurs et n'est pas impossible.

Ce qu'il importe de savoir c'est donc si la condition dont il s'agit est, ou non, contraire aux lois : or la négative n'est pas douteuse. L'article 6 du Code civil, en effet, en disant qu'on ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, dit implicitement qu'on peut déroger aux lois qui ne concernent que l'intérêt privé ; et tel est précisément notre cas. « On n'aperçoit pas en effet », comme le dit M. Demolombe (1), « quelle lésion peut résulter pour l'intérêt public

(1) Demolombe, *Code civil*, t. 18, p. 298.

« de ce que le légataire sera soumis à abandonner un droit
« purement privé qui ne concerne que son intérêt à lui. »

La clause pénale qui tend à empêcher l'exercice d'un droit n'est donc pas illicite et par suite n'est pas nulle, du moins dans tous les cas ; et nous devons rejeter cette première opinion qui est, du reste, aujourd'hui presque complètement abandonnée ; nous devons toutefois la mentionner parce qu'elle a été soutenue par des auteurs éminents et que quelques décisions judiciaires s'y sont conformées. C'est ainsi que Zachariæ dit sur ce sujet : « on peut
« imposer une charge à l'héritier, au donataire ou au
« légataire, pour le cas où il fera ou il ne fera point telle
« ou telle chose, en supposant toutefois que la chose qu'on
« l'oblige à faire ou à ne pas faire ne soit pas contraire
« aux lois ou aux bonnes mœurs. La clause qui priverait
« un héritier de sa part d'héritage, ou un légataire de son
« legs en tout ou en partie, « s'il vient à attaquer le testa-
« ment », devrait, comme portant atteinte au droit du lé-
« gataire, être considérée comme une condition illicite,
« bien que quelques auteurs restreignent cette proposition
« au cas où le testament est attaqué par l'héritier ou par
« le légataire, par un motif d'ordre public. »

Ces derniers mots font allusion aux différents systèmes qu'on a proposés pour admettre, dans certains cas du moins, la validité de la clause pénale, et que nous étudierons dans les paragraphes suivants.

Les tribunaux à diverses reprises ont consacré la solution que Zachariæ adopte : un arrêt de la Cour de Poitiers en date du 2 juin 1824 dit que « l'obligation sur une chose
« prohibée par la loi ne peut avoir aucun effet ; qu'il ré-

« suite de là que la clause pénale insérée au testament précité ne pourrait attribuer à l'intimée une capacité qui lui « serait refusée par la loi (1) ». De même un arrêt de la Cour de Bordeaux en date du 30 juillet 1832 décide que la disposition d'un testament par laquelle on institue pour héritier un tiers, dans le cas où l'héritier naturel attaquerait le testament, est nulle et illicite « comme contenant « une clause pénale ayant pour objet d'assurer l'exécution « d'un testament, contrairement aux dispositions de l'article 896 du Code civil » (2).

Toutefois on ne devrait pas trop indiquer ce dernier arrêt comme consacrant ce premier système, car, dans l'espèce, il s'agissait d'une clause pénale garantissant une substitution prohibée; or, une telle disposition serait nulle, même d'après les autres systèmes, pour des raisons que nous étudierons plus loin. Mais un jugement du tribunal de la Seine en date du 29 mai 1840 confirmé par la Cour le 25 janvier 1844 adopte catégoriquement ce premier système: « Attendu, dit la Cour (3), que tout citoyen a le « droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui peut lui porter préjudice; que ce droit « est d'ordre public et ne peut lui être ravi sans son consentement; que son interdiction serait dangereuse et « contraire à la loi qui permet l'action en captation; que « dès lors le testateur n'a pu, sans contrevenir à l'esprit de « la loi, insérer la clause de déchéance dont il s'agit, qui « dès lors doit être réputée non écrite. »

(1) Sirey, 1825. 2. 59.

(2) Sirey, 1833. 2. 154.

(3) Dalloz, 1846.1.5.

Remarquons d'abord qu'on peut répondre à cela qu'il est, à la vérité, interdit de défendre l'action en justice à celui qui a un droit à faire valoir, mais que la question est précisément de savoir si l'héritier ou le légataire ont ce droit, puisqu'ils sont institués sous une condition qui ne leur permet pas d'agir. De plus, malheureusement pour les partisans de cette théorie qui auraient pu revendiquer pour eux cet arrêt si fortement motivé, la Cour suprême l'a cassé le 22 décembre 1845 en rejetant complètement cette théorie. « Attendu que le testateur, libre de disposer de la totalité de ses biens en faveur de personnes étrangères à sa famille et par là de n'en rien laisser à la dame X..., a pu attacher au legs de rente viagère qu'il lui a fait toutes les conditions qui lui ont paru convenables, et que celle-ci ne peut réclamer le bénéfice de cette liberté qu'en se conformant aux conditions qui lui ont été imposées, à moins qu'elles ne soient impossibles ou contraires aux lois ou aux mœurs, cas auxquels elles doivent être réputées non écrites. Attendu que la condition de ne pas contester les dispositions de son testament faite par lui à ses légataires, sous peine de privation ou de nullité de leurs legs, ne présente rien qui soit impossible dans l'exécution, ou qui soit contraire aux mœurs, d'après les dispositions mêmes dont il prescrit l'exécution... Attendu cependant qu'en contravention à ce qu'elle prescrit, la dame X... a attaqué le testament qui la renferme, à l'aide de moyens qui ont tous été rejetés. Attendu que pour repousser ces moyens et pour déclarer en même temps qu'en demandant la nullité d'un testament valable elle n'avait pas encouru la

« peine de la privation de son legs, l'arrêt attaqué ne s'est
« pas fondé sur une interprétation du testament et de la
« volonté du testateur sur ce point ; qu'il s'est déterminé
« par le motif unique et absolu que tout citoyen a le droit
« de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un
« acte qui lui est préjudiciable, que ce droit est d'ordre
« public ; que son interdiction est contraire à la loi qui
« permet l'action en captation contre un testament, et
« qu'ainsi elle doit être réputée non écrite quand elle est
« insérée dans un testament. Attendu qu'il résulte de
« tout ce qui précède, qu'en statuant ainsi cet arrêt a fait
« aux circonstances de la cause une fausse application de
« l'article 900 du Code civil et a en outre violé ses dispo-
« sitions. »

L'avocat général avait conclu en ce sens, en déclarant que, non seulement la clause pénale en question ne lui paraissait pas excéder le droit du testateur, mais qu'elle lui semblait très salulaire et très utile.

Ce premier système qui considère la clause pénale comme toujours illicite, parce qu'elle entrave la liberté du bénéficiaire, n'est donc plus suivi par la jurisprudence ; les auteurs l'ont également abandonné.

L'accord est néanmoins loin d'être fait au sujet de la validité de la clause pénale, et l'on discute toujours les cas où elle doit être réputée non écrite et ceux où elle est valable. Nous allons étudier les principales théories que l'on a proposées ; nous essaierons de les discuter et de nous prononcer ensuite pour celle que nous croyons préférable.

§ II. — Théorie de l'option.

La première opinion que nous venons d'exposer, déclare la clause pénale toujours illicite. Une autre théorie a été suivie qui, au contraire, appliquée dans toutes ses conséquences, amènerait à déclarer la clause pénale toujours valable.

Reprenons l'exemple dont nous avons déjà usé : un père a fait le partage de ses biens entre Primus et Secundus, ses deux enfants ; à l'un il a donné tous ses immeubles et à l'autre tous ses meubles. Il a ajouté que si l'un des enfants attaquait le partage il léguait à l'autre toute la quotité disponible.

Cette clause sera valable dans tous les cas, dit-on dans l'opinion présente : deux droits égaux et réciproques sont, en effet, ici en présence ; d'une part, le droit pour l'ascendant de disposer de sa quotité disponible, et d'autre part le droit pour l'enfant d'attaquer le partage. L'ascendant peut disposer de sa quotité disponible sous telle condition que bon lui semble ; et la clause qu'il a ajoutée à son partage n'est qu'une condition. Par cette condition mise au partage, que si l'un des enfants attaque cet acte la quotité disponible appartiendra à l'autre, chaque enfant se trouve placé dans l'alternative ou d'exécuter le partage tel que l'ascendant l'a fait ou de l'attaquer, comme c'est son droit, et de se contenter alors de sa réserve. Chaque enfant a l'option entre ces deux partis ; la clause pénale n'est donc pas attentatoire à sa liberté ; c'est une simple option qui lui est proposée entre le droit auquel il renonce et le bénéfice de la libéralité. D'où le nom donné à cette théorie de théorie de l'option.

Cette option, ajoute-t-on, n'a rien que de valable, car le droit que possède chaque enfant d'attaquer un acte de disposition nul de son ascendant est un droit civil qui se traduit par un intérêt pécuniaire, et il n'est pas douteux que le titulaire de ce droit puisse à son gré ne pas l'exercer. Par suite on peut tout aussi valablement lui en imposer la renonciation, en échange d'un legs ou d'une gratification qu'on lui fait.

Cette théorie n'est qu'une suite du système que Justinien imposa et dont nous avons parlé précédemment. On se souvient que cet empereur assimila les dispositions pénales aux autres dispositions conditionnelles ; l'héritier se trouvait dans l'alternative ou d'obéir au testateur ou d'exécuter la disposition mise à sa charge comme peine en cas de désobéissance. La nullité ne subsistait qu'à l'égard des dispositions qui imposaient à l'héritier des choses impossibles, déshonnêtes ou prohibées par la loi ; dans ces derniers cas l'héritier, en enfreignant les ordres du testateur, n'encourait pas la peine.

Le Code civil n'aurait fait que de reproduire la législation de Justinien. La clause pénale n'est donc qu'une condition ordinaire imposée à l'héritier ; celui-ci l'encourt s'il ne fait pas ce que le testateur lui a ordonné, à moins que cet ordre ne prescrive un fait impossible ou illicite, cas auquel il est réputé non écrit. Or qu'impose ici le testateur à ses héritiers ? il leur impose de ne pas attaquer le partage qu'il a fait entre eux de ses biens. La question se réduit à savoir si cette condition est une condition illicite : et la négative n'est pas douteuse. Le partage que l'ascendant défend d'attaquer est, en effet, ou valable ou nul ; s'il

est valable, non seulement il est permis aux enfants de ne pas l'attaquer, mais c'est pour eux une obligation ; et s'il est nul la condition de ne pas l'attaquer se réduit à l'obligation de renoncer au droit d'attaquer un acte nul, c'est-à-dire à un droit d'intérêt privé auquel il est, par suite, permis de renoncer. La loi ne prescrit pas aux parties intéressées de faire annuler les actes irréguliers, c'est une faculté qu'elle leur accorde et dont elles sont libres d'user ou de ne pas user. Or, en privant de sa part dans la quotité disponible l'enfant qui attaquera le partage, l'ascendant ne lui interdit même pas l'exercice de cette action ; il lui laisse le choix ou de se contenter du partage tel qu'il est, ou de l'attaquer, en renonçant alors à sa part dans les biens disponibles ; c'est donc une alternative parfaitement licite, c'est à chacun des enfants à prendre le parti qui lui paraît préférable. Celui qui fait prononcer la nullité du partage ne peut pas se plaindre de ce qu'il est réduit à sa réserve, puisqu'il a volontairement choisi, entre les deux dispositions qui lui étaient offertes, celle qui l'excluait de toute participation à la quotité disponible.

Ne peut-on pas ajouter que la clause pénale que nous étudions est bien l'équivalent de la disposition suivante : « je veux que Primus ait tous mes immeubles et Secundus tous mes meubles, et si l'un d'eux attaque ce partage, ce dont je ne lui conteste pas le droit, j'use alors du droit que j'ai de lui enlever les biens dont j'ai la libre disposition, pour les donner par préciput à l'autre ; je laisse donc à chacun de mes héritiers le choix entre ces deux partis : ou avoir sa part dans la quotité disponible, mais sous la condition de respecter mon partage, ou être réduit à la

réserve ; c'est à eux à décider le parti qu'ils prendront. »

Le disposant ne prive donc pas ses héritiers du droit d'attaquer son partage ; il leur offre simplement le partage qu'il a fait, et tel qu'il l'a fait, sauf à eux à l'accepter ou à le refuser ; mais s'ils le refusent, le testateur leur retire les biens dont il peut disposer. Ces biens, il pouvait les donner à n'importe qui et sans aucune condition ; [on ne verrait pas pourquoi il ne pourrait pas les donner conditionnellement. L'option que le testateur offre à ses héritiers est donc essentiellement valable.

La théorie de l'option se résume donc dans ces mots : lorsqu'un acte en conférant un droit à une personne lui en enlève un autre que la loi lui confère, l'opération se réduit pour elle à un choix entre ces deux droits ; par suite la renonciation qu'on lui propose est parfaitement légitime.

Une restriction néanmoins s'impose, et que les partisans de la théorie de l'option n'ont jamais contestée, pour le cas où le droit que le disposant retire à son héritier ou à son légataire, et que la loi lui donne, est juridiquement incompatible avec l'idée de renonciation.

Examinons maintenant les résultats pratiques de cette théorie ; ils sont excellents et suffisent à eux seuls à la justifier, disent ceux qui la soutiennent. On sait que dans les testaments il faut, autant que possible, respecter la volonté du disposant ; c'est ce que l'on fait ici, au contraire du système précédent, en reconnaissant la validité de la clause pénale. En outre, au moyen de cette clause pénale les ascendants assurent efficacement la tranquillité de leur famille ; ils rendent inefficaces le mauvais vouloir et l'esprit de chicane de leurs héritiers qui, le plus souvent, sont

plus préoccupés de leurs intérêts privés que du respect qu'ils doivent aux dernières volontés de leur parent. Ce sont là des considérations puissantes qui prouvent que l'on doit reconnaître au testateur le pouvoir d'assurer l'exécution de ses volontés au moyen d'une clause pénale insérée dans son testament.

Cette théorie a été suivie par la jurisprudence dans un grand nombre d'arrêts. Tels sont, entre autres, un arrêt de la Cour de Dijon du 8 mars 1861 et un arrêt de la Cour d'Orléans du 5 février 1870. Dans ces deux arrêts la théorie de l'option est expressément formulée. L'arrêt de la Cour de Dijon infirme un jugement du tribunal de la même ville qui avait jugé, le 8 décembre 1859, que la clause pénale n'était pas encourue. L'arrêt est ainsi conçu (1) :

« Considérant que Léon Echalié était ainsi placé, par le
« testament et codicille de son aïeule, dans cette alterna-
« tive ou de renoncer à la portion disponible ou de se sou-
« mettre aux conditions que ces actes contiennent... Con-
« sidérant qu'en présence de ces instances et décisions
« judiciaires il devient évident que Léon Echalié a fait
« son choix dans l'alternative qui lui était offerte... et que,
« s'il résiste encore à l'application de la clause pénale, ce
« n'est pas qu'il veuille s'y soustraire par l'exécution des
« conditions du testament mais uniquement parce qu'il
« prétend la faire invalider au nom de la loi, des bonnes
« mœurs et de l'ordre public... Que si la dame X... s'est
« vue obligée de placer l'exécution de sa volonté sous la
« menace d'une clause pénale, ce n'a été que pour mieux
« assurer le principe d'égalité qu'elle proclame dans ses

(1) Dalloz, 1863. 1. 37.

« testaments et pour maintenir plus efficacement après
« elle la paix et la concorde dans sa famille ; que, mai-
« tresse absolue de la quotité disponible, elle avait le droit
« de ne la leur abandonner que sous condition etc. »

L'arrêt de la Cour d'Orléans du 5 février 1870 confirme un jugement du tribunal de Tours en date du 18 mai 1869 :
« adoptant au surplus les motifs des premiers juges,
« relatifs à la théorie de l'option » dit la Cour. Or voici les considérants du tribunal de première instance : « At-
« tendu qu'il faut aussi remarquer qu'il ne s'agit pas là,
« à proprement parler, d'une sorte de clause pénale très
« licite d'ailleurs, mais simplement de l'option laissée
« à Pinel entre l'abandon de sa réserve et le service de
« la rente de 4.000 francs. »

Dans l'espèce, le testateur avait défendu à son héritier réservataire d'attaquer les dispositions de son testament, sous peine de la déchéance du legs dont il le gratifiait.

Ces deux arrêts établissent donc bien ce principe à savoir : que la peine est encourue par le motif qu'elle crée simplement pour l'héritier une option à faire entre l'exécution du testament et la réduction de sa part à la réserve.

Nous ne voulons pas critiquer ici cette théorie, nous réservant de le faire dans un paragraphe suivant ; disons seulement qu'appliquée sans limites ni réserves, l'idée de l'option serait en contradiction avec les articles 791 et 1130 du Code civil. Ces deux articles sont ainsi conçus :

ARTICLE 791 : « On ne peut même par contrat de mariage renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. »

ARTICLE 1130 : « Les choses futures peuvent être l'objet

d'une obligation. On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

Un acte antérieur à l'ouverture d'une succession ne peut donc pas nous inviter à renoncer à cette succession lorsqu'elle s'ouvrira (1) ; un tel acte serait nul. Or on a néanmoins le droit de renoncer à une succession et la vocation successorale est bien un droit auquel on peut renoncer à une certaine époque. Il est donc certain, comme le dit M. Bartin (2), que la proposition de renoncer à un droit auquel nous pouvons renoncer ne se réduit pas toujours à une option licite.

Les tribunaux l'ont bien compris et, en créant la théorie de l'option, ils en ont fixé la portée. Les arrêts du 1^{er} mars 1830 (3) et du 29 mars 1837 disent en effet que c'est une question d'interprétation que la Cour d'appel est compétente pour trancher. L'arrêt du 29 mars 1837 est ainsi conçu : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare, entre autres
« motifs, qu'en instituant son frère légataire universel de
« la nue propriété de tous ses biens meubles et immeubles
« et son mari légataire universel de l'usufruit des mêmes
« biens, l'intention de la testatrice fut que son mari ne
« pourrait recueillir ce legs universel d'usufruit qu'à la
« condition de renoncer à la propriété des meubles que
« sa femme lui avait donnés par son contrat de mariage.
« Qu'en conséquence, l'arrêt lui laisse l'option de s'en

(1) Ce point toutefois est contesté. V. Toullier, t. 5, p. 269 et en sens inverse, Duranton, t. 8, p. 146.

(2) Bartin, *Des conditions illicites*, n° 198.

(3) Dalloz, 1830.1.142.

« tenir exclusivement, soit à la donation contractuelle,
« soit à la disposition testamentaire. Que cette disposition
« fondée sur la teneur du testament et l'interprétation
« que la Cour royale en a faite, justifient suffisamment son
« arrêt.... »

Nous ne comprenons pas ce que veut dire la Cour, car, chaque fois qu'on veut priver quelqu'un d'un droit, l'intention est la même qui est précisément de vouloir l'en priver. « Comment dès lors », dit M. Bartin (1), « fonder
« une différence de sort et d'effets sur une différence d'in-
« tention qui n'existe pas ? Cette intention se résume in-
« variablement dans cette idée que l'auteur de l'acte, en
« vue d'un intérêt particulier que nous n'avons point à
« connaître, veut priver une personne d'un certain droit.
« Ainsi présentée, l'intention est licite ou illicite, mais
« elle n'est pas licite ou illicite suivant ce qu'elle aura
« été en fait... A supposer que cette distinction présentât
« un sens, elle n'en vaudrait guère mieux pour cela, car il
« faudrait, pour être logique, l'appliquer au cas des arti-
« cles 791 et 1130 qui sont pourtant absolument réfrac-
« taires à une pareille atténuation. »

Cette première forme de la théorie de l'option n'est donc pas bien sérieuse et il ne faut pas y attacher d'importance. Les tribunaux ne l'ont plus suivie ou du moins n'en ont plus parlé. Ils ont toutefois continué à appliquer l'idée de l'option, mais, comme nous le verrons plus tard, ils ne l'appliquent pas dans tous les cas ; la Cour de cassation surtout a de la peine à admettre cette théorie de l'option. C'est ainsi que le 9 décembre 1862 elle a cassé l'arrêt de la Cour

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 179.

de Dijon que nous avons précédemment cité, en disant qu'on objecterait vainement que la privation conditionnelle de la quotité disponible crée simplement au profit de l'héritier réservataire une option à faire par lui entre l'exécution du testament et la réduction de sa part à la réserve, une telle option ne pouvant lui être imposée dès qu'elle le place dans une alternative dont l'un des deux termes, à savoir le respect des dispositions qui seraient excessives, renferme une violation de la loi.

§ III. — Théorie de la clause pénale.

La théorie de la clause pénale dont nous abordons l'étude se distingue de la théorie de l'option en ce qu'au lieu de considérer, de même que celle-ci, la clause pénale comme une simple disposition conditionnelle ordinaire ayant son existence propre et distincte, elle la considère comme une disposition conditionnelle spéciale, accessoire, faisant partie d'une disposition principale, et s'y rattachant. Sans doute la clause pénale constitue une disposition conditionnelle, mais une disposition conditionnelle d'une nature spéciale. Ce qu'elle a de particulier, et qui la caractérise, c'est qu'elle fait suite à une première disposition et qu'elle est établie pour le cas d'inexécution de cette disposition. Elle n'est pas autre chose, suivant l'expression heureuse de M. Bartin, qu'une destination ultérieure de cette première disposition pour le cas où le bénéficiaire ne ferait pas ce que lui prescrit le testateur. Ce que ce dernier veut donc c'est, avant tout, que sa première disposition produise son effet, et il n'ajoute la clause pénale que pour assurer, autant que cela lui est possible, l'exécution de cette disposi-

tion à laquelle il tient et qui est placée au premier plan.

Reprenons l'exemple que nous avons déjà plusieurs fois proposé. Quel but se propose le testateur qui partage ses biens entre Primus et Secundus, ses enfants, et qui ajoute qu'il prive de sa part dans la quotité disponible celui qui attaquera le partage? Son but évident et certain est de contraindre ses enfants à respecter le partage. C'est pour les y décider qu'il a inséré la clause pénale. Nous sommes donc bien là en présence d'une clause pénale proprement dite, différant autant des dispositions conditionnelles ordinaires contenues dans les testaments que, dans les conventions, différent des dispositions conditionnelles ordinaires les clauses pénales qui y sont insérées pour le cas d'inexécution.

Or nous savons que dans les conventions, les clauses pénales, qui renferment cependant un principe conditionnel, ne sont pas régies par les mêmes règles que les dispositions conditionnelles ordinaires. De même, dans les actes à titre gratuit les clauses pénales ne doivent pas être régies par les mêmes règles que les dispositions conditionnelles. L'article 900 ne doit donc pas leur être appliqué. Mais alors quelles règles faut-il suivre; quels principes faut-il leur appliquer, puisque le Code civil est muet à leur égard? Les partisans de cette théorie répondent qu'il faut leur appliquer les principes des clauses pénales dans les conventions.

Il existe toutefois une raison puissante pour en douter, qui apparaît facilement. Ces principes sont exposés dans le Code civil au titre des obligations, et une règle sûre d'interprétation du droit enseigne qu'il ne faut jamais étendre

d'un titre à un autre les règles du Code civil. « Mais » répond à cela M. Genty, le chef des partisans de cette théorie (1) « de ce que les principes des clauses pénales sont
« placés sous le titre des obligations conventionnelles et
« que le législateur se préoccupait principalement des
« conventions, on ne peut conclure qu'ils ne sont applica-
« bles qu'aux conventions. Tout le monde convient, en
« effet, que la plupart des règles écrites dans ce titre,
« bien que généralement formulées en vue des obligations
« conventionnelles, régissent néanmoins toutes les obli-
« gations, quelle qu'en soit la source, que ce soit un con-
« trat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit, et par
« conséquent aussi bien celles qui résultent des disposi-
« tions testamentaires que toutes les autres. » Et de ce que les testaments obligent les héritiers tout aussi bien qu'une convention oblige les parties contractantes, M. Genty dit que le système général doit être le même dans l'un et l'autre cas, en ce qui touche les moyens propres à garantir l'exécution de l'obligation. Or parmi ces moyens se range la clause pénale.

On doit donc dans cette théorie assimiler complètement les clauses pénales insérées dans les actes à titre gratuit aux clauses pénales que contiennent les conventions. Celles-ci sont régies par l'article 1227 du Code civil qui pose comme règle fondamentale qu'une clause pénale n'est valable qu'autant que la disposition principale l'est elle-même : (art. 1227) « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

(1) Genty, *Des partages d'ascendants*, p. 175.

On appliquera cet article à la clause pénale qui nous occupe : si le testament est nul la clause pénale qui y est contenue pour assurer les dispositions, est elle-même nulle et d'aucun effet. Si au contraire le testament est valable, la clause pénale est elle-même valable, à moins toutefois qu'elle ne soit nulle en elle-même, abstraction faite de la validité ou de la nullité de la disposition principale.

D'ailleurs, ajoutent les partisans de cette théorie, valider une clause pénale dont le but est de faire exécuter un acte nul, serait complètement aller contre la loi. Comment la loi, qui déclare nulle une disposition, pourrait-elle déclarer valable une mesure qui tend à en assurer l'exécution ; et comment la loi qui ne reconnaît pas au testateur le pouvoir d'imposer telle disposition à ses héritiers, lui reconnaîtrait-elle le pouvoir de recourir aux moyens propres à les contraindre à l'exécuter. La loi ne donne effet aux testaments, donations et partages d'ascendants, qu'autant qu'ils sont conformes aux règles qu'elle a établies. S'ils sont contraires à ces règles la loi, qui leur refuse toute autorité, ne saurait sans inconséquence en accorder davantage aux clauses par lesquelles le disposant chercherait à en assurer l'exécution. Or en menaçant celui qui aurait le droit d'intenter l'action en nullité, d'une perte égale ou peut-être supérieure au bénéfice que lui procurerait cette action, la clause pénale rendrait illusoires les prescriptions du Code qui déterminent les conditions de validité des actes.

Supposons qu'un testateur n'ait pas daté son testament fait en la forme olographe et qu'il ait dit que, si son héritier réservataire attaque son testament, il lui retire sa part dans la quotité disponible. Si l'on admet que cette clause

pénale est valable, l'héritier ne pourra pas attaquer le testament ; par suite les legs contenus dans ce testament seront valables. Le défunt aura donc pu exprimer ses dernières volontés sous une forme que la loi ne reconnaît pas ; il aura pu se jouer de la loi ; ce qui est impossible. Qu'on ne dise pas que cela ne réussira pas puisque l'héritier conserve le droit d'attaquer ce testament et d'en faire prononcer la nullité. La clause pénale étant valable, en effet, par le fait même que l'héritier attaque le testament, il encourt cette peine et perd son droit à la quotité disponible. Qui ne voit alors que cet héritier renoncera, sinon toujours du moins presque toujours, à attaquer le testament ; par suite, l'autorité de la loi sera, sinon entièrement anéantie, du moins considérablement affaiblie.

Ainsi, si l'on admet la validité de la clause pénale insérée dans un acte de disposition à titre gratuit nul, on permet par cela même au disposant de faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement. La clause pénale est donc bien pour celui qui l'établit un moyen de tourner la loi. Les anciens auteurs (1) le reconnaissaient du reste, puisqu'ils recommandaient aux disposants de recourir à la clause pénale toutes les fois qu'ils supposaient que le doute serait possible sur la validité de leurs dispositions. C'est ainsi que M. Genty (2) cite un expédient proposé par Dumoulin, pour s'affranchir de la règle de la coutume du Poitou et de celle d'Artois qui interdisaient aux ascendants de partager leurs propres sans le consentement de leurs descendants. « L'ascendant, dit-il, donnait ses biens dispo-

(1) Boucheul, Grenier, etc.

(2) Genty, p. 35.

« nibles, c'est-à-dire ses meubles et acquêts, à l'un de
« ses descendants ; puis il faisait le partage de la totalité
« de son patrimoine, de ses propres comme de ses ac-
« quêts et de ses meubles, et déclarait que le don n'aurait
« pas d'effet si les descendants non donataires agréaient
« le partage. Or ces derniers devaient en ce cas exécuter
« le partage ou perdre leurs droits aux meubles et ac-
« quêts ; c'est du moins ce qu'on admettait universelle-
« ment. » Comme le dit un commentateur, ce fut là un
moyen que la jurisprudence consacra pour permettre de
faire ce que la loi défendait.

On doit donc déclarer nulle la clause pénale dont nous
nous occupons, parce que toutes les dispositions par les-
quelles on cherche à violer la loi sont aussi inefficaces que
celles par lesquelles on la viole directement : il n'est pas
permis de faire indirectement ce que l'on n'a pas le droit
de faire directement. « C'est là », dit M. Genty, qu'on ne
saurait trop citer dans l'exposé de cette théorie, « un
« principe général, universel, et non un principe particu-
« lier, borné aux conventions, car il est tellement essen-
« tiel, tellement nécessaire dans toutes les parties de la
« législation, que sans lui l'autorité du législateur se-
« rait illusoire. L'homme, en effet, toujours ingénieux
« quand il s'agit de satisfaire ses passions, aurait bien-
« tôt trouvé les moyens, soit de se soustraire complète-
« ment à l'application de la loi, du moins d'en amortir
« l'action, d'en affaiblir les effets. »

De plus, ajoutent les partisans de la théorie de la clause
pénale pour montrer que cette clause est bien nulle lors-
que la disposition principale n'est pas valable, s'il est juste

d'appliquer la clause pénale au demandeur qui succombe dans son action, il serait souverainement injuste de faire supporter la peine à celui dont la demande a été reconnue bien fondée. On étoufferait ainsi les plaintes les plus légitimes et on exposerait les enfants à se voir dépouillés de leurs droits sans pouvoir recourir à la protection de la justice.

La Cour de cassation semble avoir admis cette théorie dans un arrêt du 14 décembre 1825 par lequel elle confirme un arrêt de la Cour de Lyon en date du 23 janvier 1824, lequel arrêt avait confirmé lui-même un jugement du tribunal de Bourg rendu le 3 janvier 1823. Il s'agissait d'une clause pénale insérée dans un testament et imposant à l'héritier institué de ne pas attaquer une donation nulle. Le tribunal de Bourg avait jugé que la clause pénale devait être réputée non écrite : « Attendu que la loi dispose que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (1). » M. Lanfranc de Panthou, avocat général, prononça des conclusions dans le même sens devant la Cour de Caen le 9 juin 1874 (2). « Sans doute », dit-il, « en matière de testament ou de donation, la loi déclare « que certaines conditions seront réputées non écrites « et qu'un legs pourra être valable alors même que la condition qui y a été imposée, ne sera pas elle-même « exécutable. Mais cette exception doit être restreinte, « évidemment, au cas où la disposition testamentaire est « elle-même régulière et légale. Dans ce cas on efface la « condition impossible ou illégale, et le testament reste

(1) Sirey, 1826. 1. 186.

(2) Dalloz, 1876. 2. 33.

« debout avec toute son efficacité. Mais si en lui-même le
 « testament renferme déjà une cause de nullité absolue et
 « irritante, comme dans notre espèce (legs de la chose
 « d'autrui), pourquoi donc la nullité de la disposition
 « principale n'entraînerait-elle pas la nullité et l'ineffica-
 « cité de la disposition accessoire c'est-à-dire de la clause
 « pénale ? La logique, les principes généraux de la légis-
 « lation l'exigent, et, de plus, en ce qui concerne la clause
 « pénale, la loi a pris elle-même le soin de le rappeler à
 « ceux qui seraient tentés de l'oublier. L'article 1227 est
 « ainsi conçu : « La nullité de l'obligation principale en-
 « traîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci
 « n'entraîne point celle de l'obligation principale. » Le
 « texte est donc aussi formel que le principe dont il est
 « l'expression. Et cependant les intimés ont prétendu se
 « soustraire à l'un et à l'autre en proposant entre les
 « obligations avec clause pénale et les legs de même na-
 « ture, une distinction que je ne peux admettre... Com-
 « ment est-il possible de soutenir en fait, que la clause
 « pénale soit indépendante de la disposition principale
 « qu'elle a pour but de sanctionner et à laquelle elle se
 « rattache d'une façon si intime... et du moment où la
 « disposition primordiale est nulle, la sanction doit elle-
 « même tomber. »

La Cour admit ces motifs et jugea dans ce sens : « At-
 « tendu, dit l'arrêt, que les clauses pénales, dont le but est
 « suivant l'article 1226 d'assurer l'exécution d'une obliga-
 « tion, n'ont rien d'illicite dans les partages testamentaires
 « lorsqu'elles n'ont pour objet que de les protéger contre
 « des critiques mal fondées, mais qu'il en est autrement

« quand ces partages contiennent legs de la chose d'autrui,
« parce que suivant l'article 1227 du même Code la nullité
« de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause
« pénale. Que cet article est applicable par analogie aux
« partages testamentaires, puisque les raisons qui ont porté
« le législateur à prononcer la nullité des clauses pénales
« destinées à donner force exécutoire à une obligation pro-
« hibée, existent avec une égale puissance lorsqu'il s'agit de
« contraindre un héritier à respecter des lois qui lui font
« subir une véritable expropriation ; que vainement pré-
« tend-on, pour se soustraire à l'application de l'article 1227,
« que l'obligation faisant avec la clause pénale un tout indi-
« visible, celle-ci ne saurait subsister quand l'autre est
« anéantie, tandis que le partage testamentaire et la clause
« pénale seraient indépendants l'un de l'autre et que dès
« lors la nullité du premier ne devrait pas entraîner la nul-
« lité de la dernière ; que cette prétendue possibilité d'iso-
« ler la clause pénale du partage testamentaire, dont elle
« n'est que la sanction, n'existe pas. »

Dans ce système pour savoir si la clause pénale est valable ou nulle il faut donc attendre le résultat du procès. Si l'acte dans lequel elle est apposée est valable, la clause pénale sera valable également ; par quel motif en effet, comme le dit Demolombe (1), prétendrait-on soustraire de l'application de la condition ou de la clause pénale celui des enfants qui aurait succombé dans la demande en nullité ou en rescision qu'il avait injustement formée contre le partage ? Quoi de plus juste que l'enfant qui a succombé dans sa demande, supporte la peine de la

(1) T. 23, p. 57.

faute qu'il a commise en attaquant des dispositions qu'il aurait dû respecter, et en troublant la paix de la famille que le partage avait pour but d'assurer ?

Si au contraire la première disposition est nulle, la clause pénale sera également nulle. Celle-ci ne sera donc encourue par l'héritier qui a demandé la nullité de l'acte, que dans le premier cas, si l'on suppose bien entendu que cette clause pénale n'a rien en elle-même d'irrégulier.

S'il s'agit d'une donation ou d'un partage entre vifs, cette solution s'impose et ne peut être douteuse. Qu'est-ce qu'en effet une donation ? qu'est-ce qu'un partage entre vifs ? ce sont de pures conventions ; ils sont donc soumis incontestablement aux règles des contrats, et les articles 1226 et suivants leur sont certainement applicables.

Voyons maintenant les résultats pratiques de cette théorie. Ils sont de beaucoup préférables à ceux de l'opinion contraire, disent les partisans de la théorie de la clause pénale. On ne déclare en effet la clause pénale valable que pour respecter la volonté de l'ascendant qui veut éviter toute contestation et toute discorde entre ses enfants, ce qui n'a lieu que dans le cas où la disposition principale est valable ; dans ce cas seulement la peine est juste. Dans le cas contraire, loin de créer la plus complète harmonie on suscite les plaintes et les querelles les plus légitimes ; on expose les familles à des spoliations injustes, et l'on encourage ceux qui, par leur ruse et leur habileté, savent capter la volonté du testateur et lui font oublier les principes élémentaires de la bonté familiale. Les héritiers ont donc alors de justes motifs pour attaquer la disposition de leur ascendant, et, dans ce cas, sa volonté ne doit pas être res-

pectée ; ou s'ils ne l'attaquent pas, ils gardent dans leur esprit, persuadés de l'illégalité des dispositions, une sorte de rancune qui augmente la mésintelligence qu'on voulait éviter.

Les considérations de fait sont donc favorables à cette théorie. Elles ne sont au contraire d'aucun argument pour l'opinion adverse ; elles lui nuisent plutôt ; ses partisans ne peuvent donc pas les revendiquer en leur faveur.

§ IV. — Discussion.

Avant de discuter les deux dernières théories que nous venons d'exposer, remarquons qu'actuellement aucune de ces deux théories n'est plus adoptée. La théorie de la clause pénale, telle que nous la connaissons, semble complètement abandonnée, et on a reculé devant les conséquences que devait entraîner la théorie de l'option. On a alors modifié cette dernière en disant, comme nous le verrons plus loin, que le droit d'option n'est licite que lorsqu'il ne porte pas atteinte à une loi d'intérêt public.

Quant à la théorie que nous avons exposée en premier lieu, et qui consiste à rejeter toute clause pénale, nous n'en parlerons plus ; nous avons montré ce qu'elle avait de défectueux et nous pensons inutile de revenir sur ce sujet.

Abordons donc notre sujet et discutons les deux théories de l'option et de la clause pénale.

Nous savons que le point de départ de l'une et de l'autre est complètement différent et que c'est précisément cette différence qui a amené les solutions si opposées de ces deux théories. La clause pénale dans les actes à titre gratuit doit être régie par les principes de la clause pénale

dans les conventions (articles 1226 et suivants), disent les partisans de la théorie de la clause pénale. On doit appliquer à la clause pénale insérée dans les testaments et les partages d'ascendants les principes des dispositions conditionnelles ordinaires (article 900), enseignent les partisans de la théorie de l'option.

M. Genty dit expressément que c'est bien cette différence d'opinion qui est la cause de ces théories : « La question, dit-il, s'est obscurcie et elle a été mal résolue, suivant nous, par suite de l'assimilation qu'on a établie entre la clause dont il s'agit et les dispositions testamentaires faites à titre de peine dont il est question dans le droit romain, et qui jusqu'à Justinien étaient sans effet. » Nous savons que Justinien assimila ces dispositions à titre de peine à des dispositions conditionnelles ordinaires : « Mais », continue ce même auteur, « les principes qui à nos yeux doivent régir la question sont ceux des dispositions avec clause pénale, et non ceux des dispositions conditionnelles. Les incertitudes à cet égard sont venues de ce que la clause pénale constitue elle-même une disposition conditionnelle. »

Examinons donc si ce sont les principes des dispositions conditionnelles ou bien les principes des conventions avec clause pénale qu'il faut appliquer à notre sujet.

Comme le dit fort bien M. Genty, les incertitudes viennent de ce que la clause pénale constitue elle-même une disposition conditionnelle. Considérant la clause pénale comme une condition ordinaire apposée à la libéralité, les partisans de la théorie de l'option sont amenés à lui appliquer naturellement l'article 900 du Code civil. Considé-

rant qu'au contraire la clause pénale diffère dans une certaine mesure des conditions, les partisans de la théorie de la clause pénale lui appliquent l'article 1227 du Code civil.

En premier lieu, disent ceux-ci, la clause pénale mise dans un testament pour empêcher la demande en nullité de la disposition principale, n'est pas plus que la clause pénale insérée dans une convention, une disposition distincte de celle qui la précède. La clause pénale est un accessoire de la disposition à laquelle elle est jointe, on ne peut donc pas méconnaître le lien qui unit intimement ces deux dispositions, et la clause pénale doit suivre le sort de la disposition principale.

Au premier abord cette théorie semble irréfutable et la clause pénale paraît bien être une clause accessoire de la première disposition. Supposons qu'un ascendant ait dit, dans le partage de ses biens, qu'il prive de la quotité disponible ceux de ses ascendants qui attaqueront le partage. Cette disposition conditionnelle de la quotité disponible au profit de ceux qui se conformeront à la volonté du disposant est bien une clause pénale établie par l'ascendant pour assurer l'exécution de son partage, et par suite, elle n'est que l'accessoire de ce partage ; elle doit donc être nulle si le partage est nul, et valable dans le cas contraire.

Mais examinons attentivement cette clause ; elle est assurément l'équivalent de la disposition suivante : j'attribue dans le partage de mes biens une part égale dans la quotité disponible à chacun de mes enfants, à la condition expresse de ne pas attaquer mon partage ; si l'un de mes enfants attaque ce partage je le prive de sa part dans la quotité disponible, laquelle part sera répartie également entre les autres.

Sous cette forme l'ascendant fait deux dispositions bien distinctes : dans la première il soumet sa libéralité envers chacun de ses enfants à une condition, et dans la deuxième il dispose d'une certaine partie de ses biens pour le cas prévu d'inexécution de la condition ; la première disposition est donc faite sous une condition résolutoire. Par suite appliquons-lui les règles des dispositions conditionnelles : si la condition se réalise, c'est-à-dire si l'un des enfants attaque le partage, son legs sera résolu ; la peine sera donc appliquée et le bénéfice de cette peine sera attribué aux autres enfants. Or, on ne peut pas admettre que la même volonté de l'ascendant soit respectée lorsqu'il l'exprime dans certains termes, et qu'elle soit au contraire réputée illicite lorsqu'il l'exprime différemment. Il faut donc appliquer les règles de la condition résolutoire quels que soient les termes employés.

Il n'est pas étonnant du reste que cette clause pénale ne soit pas soumise aux mêmes règles que la clause pénale insérée dans une convention. Ces deux sortes de clauses pénales n'ont en effet ni le même caractère ni le même but. La première n'est qu'une condition, une charge imposée à un héritier ou à un légataire, et elle a pour but de forcer celui-ci à se conformer à la volonté du testateur qui le gratifie. La deuxième, au contraire, comme le dit l'article 1229 du Code civil, est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, et, si elle doit assurer l'exécution de la convention (art. 1226), elle a certainement pour but d'éviter les difficultés relatives à la fixation des dommages-intérêts ; elle fixe ces dommages-intérêts ; elle n'en est

que l'estimation anticipée. Il n'est donc rien de plus naturel que celle-ci ait des règles spéciales (art. 1226), et que celle-là, n'étant qu'une condition, différant, il est vrai, des conditions ordinaires, soit soumise aux règles des conditions ou, dans tous les cas, soit soumise à d'autres règles que celles qui régissent la clause pénale dans les conventions.

Nous considérons donc que la disposition par laquelle un ascendant prive celui de ses enfants qui attaquera son partage de sa part dans la quotité disponible, n'est qu'une condition mise à la libéralité qu'il fait à chacun d'eux. C'est comme si l'ascendant disait dans son partage qu'il donne à chacun de ses enfants sa part dans la quotité disponible, à la condition pour eux de ne pas demander la nullité de ce partage. L'article 900 reste donc applicable à la clause pénale comme aux autres charges ou conditions.

La majorité des auteurs sont de cet avis. C'est ainsi que MM. Aubry et Rau disent (1) : « la clause par laquelle un testateur en faisant un legs à l'un de ses héritiers aurait prononcé contre celui-ci la déchéance du bénéfice de ce legs pour le cas où il attaquerait le testament ou des dispositions antérieures qu'il aurait faites, ne présente, en général et par elle-même, rien de contraire à la loi et aux bonnes mœurs, et doit par conséquent recevoir son exécution. Mais elle devrait exceptionnellement être écartée comme non écrite si le légataire avait dirigé contre les dispositions faites par le défunt une action en nullité fondée sur un motif d'ordre public et qu'il eût réussi dans sa demande. »

M. Dalloz dit (2) : « l'article 900 contient une disposition

(1) T. 6, p. 6.

(2) *Répertoire de législation*, dispositions, p. 50.

« générale dont la portée s'étend même au delà de ce que
« ferait supposer le sens rigoureux des termes dans les-
« quels elle est conçue. La loi parle, en effet, des condi-
« tions impossibles ou illicites. Est-ce à dire qu'elle se
« réfère uniquement aux conditions proprement dites ?
« En aucune façon ; elle doit s'expliquer par la loi du
« 12 septembre 1791 à laquelle elle s'est substituée. Or on
« a vu plus haut que la loi avait pour objet « toute clause
« impérative ou prohibitive contraire aux lois ou aux
« bonnes mœurs ». C'est donc dans ce dernier sens qu'il
« faut entendre le mot condition employé dans l'ar-
« ticle 900. Ainsi la règle est qu'il faut réputer non écrites,
« dans les actes portant libéralité, non seulement les con-
« ditions impossibles ou illicites, mais encore les charges
« positives également illicites ou impossibles... Il y a en
« effet la plus étroite analogie entre les conditions et les
« charges ou les clauses pénales. »

Il nous semble en outre que nous n'avons fait que tirer une conséquence nécessaire des articles 1172, 1227 et 900 du Code civil. En ce qui concerne les conditions apposées aux conventions le législateur a rédigé deux articles : l'un, l'article 1172, se rapportant aux conditions impossibles ou illicites ; l'autre, l'article 1227, qui prévoit la clause pénale.

Quand il s'est occupé des actes à titre gratuit, au contraire, le législateur n'a émis qu'un article, l'article 900, qui est rédigé dans les termes les plus généraux. Nous devons donc appliquer ce dernier article lorsqu'il s'agit d'une condition quelconque. Or, comme nous le savons, la clause pénale est bien une disposition conditionnelle ; on doit donc lui appliquer les règles relatives aux conditions.

Telle était certainement l'intention du législateur qui, en n'énonçant qu'un article, a entendu faire rentrer dans la généralité de ses expressions la clause pénale tout aussi bien que toutes les charges de la même espèce.

C'est du reste ce système que notre ancien droit suivait par imitation du droit romain ; notre Code civil n'a fait que d'imiter lui-même notre ancien droit : « On pense généralement, dit M. Genty (1), que le Code n'a fait que reproduire en cette matière la législation de Justinien ; qu'en conséquence les dispositions à titre de peine sont purement et simplement des dispositions conditionnelles ; que la peine forme une condition ordinaire imposée à l'héritier. »

Mais donner à notre clause pénale les mêmes règles que le droit romain, n'est-ce pas mal interpréter la disposition de Justinien ? Nous avons vu, en effet, précédemment que dans le droit de Justinien on ne connaissait que les *legs pœnæ nomine*, et nous savons qu'ils se distinguent de la clause pénale dont nous nous occupons. C'est bien ce que pense M. Genty en disant que la cause de la solution qu'il combat est dans l'assimilation erronée qu'on a établie entre ce legs pénal dont s'occupe le droit romain et notre clause pénale. Tel n'est pas notre avis. Nous ne prétendons pas affirmer qu'il n'y a aucune différence entre les dispositions testamentaires faites à titre de peine et la clause pénale qui fait l'objet de cette étude ; mais nous pensons que l'une et l'autre ne sont que des espèces différentes d'un même genre, lequel genre n'est autre que la clause pénale en général. Par le mot clause pénale on comprend

(1) Page 170.

toutes les dispositions faites à titre de peine ; tandis que la clause pénale particulière que nous étudions a un sens particulier ; on n'emploie cette expression, dans ce sens spécial, que dans certains cas ; dans les autres on se sert de l'expression legs pénal. Ce n'est pas là une distinction nouvelle ; Furgole dans son *Traité des testaments* l'établit avec précision (1). « Les dispositions pénales, dit-il, peuvent avoir trois objets : 1° des legs ou des fidéicommiss ; 2° la révocation des libéralités ; 3° la translation des legs ou des fidéicommiss et des autres libéralités. Si le testateur dit : je défends à mon héritier de donner sa fille en mariage à Caius et s'il la lui donne je veux qu'il paie 10.000 écus à Seïus, c'est un legs pénal. Le legs est révoqué *pœnæ causa* s'il est dit : Si Sempronius à qui je lègue un tel fonds donne sa fille en mariage à Caius je révoque le legs. Enfin le legs est transféré *pœnæ causa* lorsqu'il est dit : je lègue à Sempronius cent écus et, s'il donne sa fille en mariage à Caius, je veux que la somme léguée appartienne à Mœvius ; et l'on doit appliquer ces mêmes exemples aux dispositions concernant une hérédité, un fidéicommiss ou toute autre libéralité ».

Merlin dans son *Répertoire de jurisprudence* dit mots pour mots la même chose (2).

La clause pénale dont nous nous occupons rentre bien dans la deuxième et la troisième de ces catégories selon qu'elle a pour but de révoquer purement et simplement le legs, ou de transporter à un autre le bénéfice de cette peine. Cette clause et le legs pénal sont donc deux espèces diffé-

(1) T. 3, p. 470.

(2) *Peine testamentaire*.

rentes d'un même genre, et par conséquent l'on s'explique facilement que les mêmes règles soient applicables à ces différentes dispositions. L'objection de M. Genty ne saurait donc plus nous arrêter et nous pensons que c'est l'article 900 qu'il faut appliquer aux clauses pénales que nous étudions et non l'article 1227.

En appliquant à ces dispositions l'article 900 on est conduit à les valider même lorsqu'elles ont pour but d'empêcher de faire prononcer la nullité d'une disposition nulle, ce qui est très conforme aux motifs qui ont poussé le législateur à formuler l'article 900. On discute beaucoup sur ces motifs et nous ne reviendrons pas sur cette question ; nous nous bornons à dire que, selon nous, les véritables motifs sont dans le respect des volontés du disposant que le législateur a voulu voir triompher. Or en appliquant l'article 900 aux clauses pénales, le résultat obtenu est le respect de la volonté du testateur. En insérant en effet une clause pénale dans le partage de ses biens ou dans son testament, il témoigne de l'importance qu'il attache à l'exécution de la condition ou plus exactement de la charge qu'il impose ; il faut donc autant que possible se conformer à cette volonté ; la clause pénale est donc valable même lorsque la disposition qui la contient est nulle.

Mais, comme nous le verrons plus loin, il est des cas où la clause pénale est nulle ; aussi certains auteurs pensent que, dans ces cas, si le disposant a entendu subordonner sa libéralité à l'exécution absolue de la condition, il faut annuler la libéralité elle-même. L'article 900, disent-ils, a été créé pour respecter la volonté du testateur qui, lorsque la condition n'est pas valable, préfère voir s'exécuter sa li-

béralité sans condition, que de la voir tomber. Si donc le testateur a témoigné l'intention contraire, il est juste qu'on exécute sa volonté et qu'on annule la libéralité. « Nous « n'appliquerons plus l'article 900 s'il résulte de la disposition que le disposant a entendu subordonner l'existence « même de sa libéralité à la condition qu'il y a mise » dit Demolombe (1). « Et si un testateur appose à son legs « une condition manifestement illicite, la condition par « exemple que le légataire ne rappellera pas près de lui sa « femme qui vit en concubinage avec son frère, et s'il « ajoute que cette condition est de rigueur et que si elle « est déclarée illicite sa volonté formelle est que le legs « devra être considéré comme non avenu, la loi ne répu- « tant les conditions illicites non écrites que sur une pré- « somption déduite de l'intention vraisemblable du dispo- « sant et cette présomption étant ici démentie par le dis- « posant lui-même, sa libéralité tout entière devra être « déclarée non avenue par défaut de volonté. Par ce moyen « la volonté du disposant recevra son exécution entière. »

Nous n'examinerons pas si ces auteurs ont raison ; disons cependant que cette opinion nous paraît excessive, car la loi prétend précisément nous empêcher de subordonner une libéralité à de telles conditions.

Les partisans de la théorie de l'option sont, jusqu'à présent, d'accord avec nous ; ils rejettent, avec nous, l'application à notre clause pénale des articles 1226 et suivants du Code civil ; ils considèrent la clause pénale comme une simple condition. L'héritier a le choix ou de se conformer

(1) L. 18, p. 251.

à la première disposition du testateur ou de souffrir la privation que ce dernier a édictée. Il peut opter et prendre l'un de ces deux partis. C'est là une condition valable, car certainement le principe de la clause pénale, c'est-à-dire de ce choix, de cette option laissée à l'héritier, ne contient en lui-même rien de contraire aux mœurs, ni aux lois d'ordre public. Nous avons vu que cette idée de l'option a été admise par nos anciens auteurs ; la jurisprudence l'a adoptée dans un grand nombre d'arrêts, et les auteurs actuels proclament hautement la légitimité de cette option. « On devrait maintenir, disent MM. Aubry et Rau, comme « renfermant une simple option, la disposition par laquelle un ascendant, en faisant un legs au profit d'un de ses descendants, aurait déclaré réduire ce dernier à la réserve dans le cas où il attaquerait comme excessives les dispositions faites au profit d'autres personnes. »

Nous pensons que la clause pénale est bien une condition, mais nous croyons que la théorie de l'option n'est pas exacte. Il n'y a en effet d'option valable que celle dont les deux termes sont licites, et si l'un des deux est illicite en réalité l'option n'existe plus. Un testateur qui fait un legs à son héritier et lui défend d'attaquer son testament nul en la forme ne laisse pas à son héritier le choix entre le bénéfice de ce legs et le maintien du testament, ou du moins cette option n'est pas licite, puisque la loi dit qu'un testament semblable est nul. En d'autres termes, pour qu'un legs d'option soit valable, il faut que les deux partis entre lesquels l'héritier ou le légataire est appelé à faire son choix, puissent l'un et l'autre lui être légalement imposés. Or, si le testateur a le pouvoir de faire à son héritier un

legs soit purement et simplement, soit conditionnellement, il ne lui est pas permis de lui donner le choix entre la privation de ce legs et le respect d'une disposition testamentaire nulle. Cette seconde branche de l'alternative étant illicite, la clause doit être réputée non écrite aussi bien comme legs d'option que comme clause pénale protectrice d'une volonté testamentaire contraire à la loi.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen dans un arrêt en date du 9 juin 1874 (1) : « Attendu, dit la Cour, que vainement « objecte-t-on que la testatrice a offert à son fils une option « que celui-ci peut faire en toute liberté ; qu'il n'y a d'option valable que celle dont les deux termes sont licites ; « que si l'un des deux est défendu par une loi, en réalité il « n'y a plus d'option.... qu'ensuite autre chose est l'exécution librement consentie, autre chose est l'exécution à laquelle on est contraint par une clause pénale. »

De plus la théorie de l'option telle qu'on la formule doit comprendre tous les cas ; elle doit pouvoir s'appliquer à toute disposition illicite et en entraîner la validité. Et c'est bien ce que semble admettre la Cour d'Angers qui dans un arrêt en date du 27 juillet 1827 (2) reconnaît pour valable une clause pénale ainsi conçue : Je donne et lègue... à... aux conditions qu'il ne pourra rien prétendre dans les biens que pourront laisser à leur décès son épouse, ses père et mère. De même la Cour de Grenoble le 7 janvier 1873 (3) a consacré la condition imposée dans une constitution de dot à la personne dotée, de renoncer à la succes-

(1) Dalloz, 1876. 2. 33.

(2) Sirey, 1828. 2. 149.

(3) D. 1873. 2.109.

sion non ouverte de ses parents ; et les motifs de la Cour sont que le donateur a la liberté pleine et entière d'opter entre la donation et ses droits successifs.

Si l'on admet la théorie de l'option on doit approuver ces décisions et toutes celles semblables. De même que dans ces cas les articles 791 et 1130 ne sont pas respectés, de même, au moyen d'une clause pénale, les articles 915, 969 et 1050 du Code civil, qui concernent la quotité disponible, la forme des testaments et les substitutions pourront ne pas être suivis. Dans tous ces cas, en effet, il s'agit d'une condition tendant à punir une personne d'un droit pécuniaire, et la clause se réduit toujours à une option entre ce droit et celui qu'on offre au bénéficiaire dans l'acte qui contient la condition : une telle option est légitime.

La théorie de l'option est donc destructive du droit de poursuivre, malgré toute clause pénale, la nullité des dispositions illicites d'un testament ou d'un partage, puisqu'il est toujours permis de soutenir que ce testament ou ce partage confère à celui contre lequel la clause pénale est dirigée la faculté d'exécuter ce partage ou ce testament, ou de se soumettre à la pénalité qui y est insérée.

Si nous consultons les arrêts, nous voyons que la jurisprudence ne ratifie pas cette conséquence naturelle de la théorie qu'elle prétend suivre. C'est ainsi que le 9 décembre 1871 (1) la Cour de Nancy a réputé non écrite l'exhérédation prononcée par un testateur contre les héritiers qui contesteraient la substitution prohibée renfermée dans son testament (2), et c'est ainsi que la Cour de Paris le 23 dé-

(1) Sirey, 1872.2.71.

(2) V. dans le même sens arrêt de la Cour de Caen du 23 mai 1843.

cembre 1874 (1) a jugé qu'était nulle la clause par laquelle un testateur, après avoir distribué sa succession entre ses enfants et grevé la totalité de cette succession au profit de ses petits-enfants nés ou à naître, déclare dépouiller de toute la quotité disponible ceux des institués qui refuseraient d'exécuter la clause dont il s'agit, au profit de ceux qui s'y soumettraient. De même la Cour de cassation le 16 janvier 1838 (2) a déclaré nulle la clause pénale par laquelle un testateur empêchait son héritier d'attaquer son testament nul par suite d'un vice de forme.

Ce qui montre peut-être encore plus que la jurisprudence n'admet pas les conséquences de la théorie de l'option, c'est qu'elle se prononce tantôt pour la validité, tantôt pour la nullité de la même clause pénale. Ainsi la Cour de Besançon le 16 janvier 1846 (3), et après elle la Cour de cassation les 1^{er} mars 1830 et 1831, ont admis la validité de la clause pénale par laquelle une mère en partageant entre ses enfants ses propres biens et ceux de l'autre époux décédé, disposait que celui des copartageants qui attaquerait ce partage serait privé de sa part dans la quotité disponible dans la succession de l'ascendant auteur du partage, laquelle part irait à ceux qui le ratifieraient. Et d'autre part la Cour de Caen par un arrêt du 9 juin 1874 que nous avons déjà cité, a annulé la même clause parce que « la faculté accordée par l'article 1075 aux père et mère de faire par acte testamentaire le partage anticipé de leurs biens entre leurs enfants, ne peut s'entendre que des biens

(1) D. 76.2.83.

(2) D. 58.1.24-25.

(3) D. 47.2.127.

dont chacun d'eux a la propriété ; qu'aucun doute n'est possible à cet égard puisqu'indépendamment des termes de l'article 1075, l'article 1021 du même Code frappe de nullité le legs de la chose d'autrui ».

Si la jurisprudence qui a maintes fois suivi et proclamé le principe de l'option n'en accepte pas toutes les conséquences, c'est que ce principe est mauvais et qu'on ne peut l'admettre.

**§ V. — Modifications apportées aux deux
précédentes théories.**

Les deux théories que nous venons de rejeter ne sont plus soutenues actuellement, ou plutôt, si elles comptent toujours de nombreux partisans, ceux-ci les ont complètement modifiées, si bien que toutes deux par des moyens différents il est vrai, conduisent aux mêmes solutions : la clause pénale est valable lorsqu'elle a pour objet d'assurer l'exécution de dispositions qui ne sont susceptibles d'être attaquées que pour des causes d'intérêt privé ; elle est nulle lorsqu'elle a pour objet de maintenir des dispositions contraires à une loi d'intérêt public.

Nous nous souvenons que la théorie de la clause pénale repose sur l'article 1227 : « la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. » Mais que faut-il entendre par nullité de la disposition principale ? Tous les auteurs sont maintenant d'accord pour dire que la disposition principale n'est nulle dans le sens de l'article 1227 que lorsqu'il s'agit d'une nullité d'ordre pu-

blic. La clause pénale n'est donc nullé, si on la soumet à l'article 1227, que lorsque la disposition principale est contraire à une loi d'ordre public, que lorsqu'elle n'a pas d'existence valable aux yeux de la loi. Si au contraire il n'y a qu'un intérêt privé en jeu, la clause pénale est valable. C'est bien là l'application de l'article 1227, et c'est ce que dit M. Laurent. Après avoir montré qu'il faut appliquer à la clause pénale testamentaire les principes qui régissent la peine en matière de contrats, et cela parce que, qu'il s'agisse d'une convention ou d'un legs, la peine a toujours le même but, celui d'assurer l'exécution d'une disposition principale, et que par suite la question de l'effet attaché à la peine dans un testament dépend des dispositions que le testateur a voulu sanctionner, cet auteur ajoute :

« la volonté manifestée dans la clause pénale doit recevoir
« son exécution comme toutes les volontés légitimes du
« défunt. Quand la volonté du testateur est-elle légitime ?
« quand est-elle illégitime ? Nous venons de répondre à la
« question ; le testateur qui n'a point d'héritier réservai-
« re peut disposer de ses biens comme il l'entend, avec
« cette restriction qu'il ne lui est pas permis d'imposer des
« conditions contraires à l'intérêt général.... Ce que nous
« disons des conditions s'applique à toutes espèces de
« dispositions sous quelque forme qu'elles soient faites.
« Dès qu'il y a un intérêt général en cause le testateur n'y
« peut déroger ni donner force à ces dérogations en les
« sanctionnant par une peine. Tandis que les dispositions
« d'intérêt privé, légitimes en elles-mêmes, peuvent être
« renforcées par des peines lesquelles lieront celui qui con-

« treviendra à la défense d'attaquer le testament ». C'est aussi l'avis de Demolombe (1).

Par cette distinction entre les nullités d'intérêt privé et celles d'ordre public, le système de la clause pénale est donc modifié. Les effets en sont diminués ; au lieu d'être toujours nulle lorsque la première disposition est nulle, la clause pénale ne l'est plus que lorsque la première disposition est contraire à une loi d'intérêt général.

Cette même idée d'intérêt privé et d'intérêt général a modifié également la théorie de l'option. Cette théorie, considérant avec raison que la condition de ne pas attaquer un testament n'est pas une condition illicite, valide toujours la clause pénale. Par suite de la distinction que nous venons d'exposer, la clause pénale sera nulle lorsque la disposition qu'elle tend à valider déroge à une loi d'intérêt général ; elle sera valable lorsque cette disposition déroge à une loi d'intérêt privé. Dans le premier cas le demandeur qui a fait annuler un partage, par exemple, doit être affranchi de la peine et peut réclamer sa portion tout entière dans le nouveau partage qui a été ordonné, car, en démontrant que l'acte attaqué était infecté d'un vice qui touche à l'ordre public, ou qu'il dissimulait une fraude à la loi, il a prouvé par là même que la clause pénale était illicite, puisqu'elle tendait à couvrir ce vice en mettant une entrave au libre exercice de l'action en nullité. Dans le second cas au contraire, le demandeur en nullité doit encourir la peine par cela seul qu'il a refusé d'exécuter le partage. En vain démontrerait-il que le partage n'est pas valable, il n'en résulterait pas que la clause pénale doive

(1) P. 59, t. 23.

être réputée non écrite, car, du moment que la nullité n'intéresse pas l'ordre public, la condition imposée aux enfants de renoncer à leur action n'a rien d'illicite et doit produire son effet dès que l'un d'eux y a contrevenu. Ce n'est plus alors qu'une disposition alternative dont les deux termes sont parfaitement licites. Les enfants peuvent choisir l'un ou l'autre. Ils restent libres ou d'exécuter le partage, ou de l'attaquer en perdant leur part dans la quotité disponible. Lorsque leur choix est fait, ils doivent en subir les conséquences.

Il y a donc entre les deux situations cette différence importante, que dans l'une la pénalité est encourue *de plano* par le seul fait de l'attaque, tandis que dans l'autre elle ne l'est qu'en cas d'insuccès de la poursuite, qu'autant qu'il est établi que le copartagé élève une réclamation dénuée de fondement et que l'ascendant n'a sanctionné qu'une loi juste. Il suit de là que si dans l'une de ces hypothèses il n'y a pas à se préoccuper du sort de la poursuite, il en est autrement dans l'autre. Dans le cas d'une atteinte à une loi d'intérêt public, la pénalité n'étant encourue par l'héritier qu'autant qu'il échoue dans la démonstration, il faut en attendre le résultat.

Cette distinction entre les nullités d'ordre public et celles d'intérêt privé est maintenant adoptée par la grande majorité des auteurs. « Ou il s'agit d'une action en nullité fondée sur un motif d'intérêt purement privé », dit Demolombe (1), « et dans ce cas la condition de ne pas l'exercer doit être considérée comme licite, et la peine

(1) Demolombe, t. 18, p. 298.

« testamentaire sous laquelle cette condition a été imposée, doit être appliquée en cas de contravention ; ou il s'agit d'une action en nullité fondée sur un motif d'ordre public, et dans ce cas la condition de ne pas l'exercer doit être considérée comme illicite et la peine testamentaire doit être elle-même considérée comme non avenue. »

La jurisprudence par un grand nombre d'arrêts a ratifié cette opinion. C'est ainsi que nous voyons un arrêt de la chambre des requêtes en date du 1^{er} mars 1831 conçu en ces termes (1) : « Attendu que la testatrice pouvait disposer du quart de ses biens à titre de préciput en faveur de son fils et qu'en subordonnant cette disposition à l'exécution du partage des biens paternels qu'elle avait fait entre ses enfants, elle n'a point privé ses deux fils du droit de faire annuler ce partage ; ce n'est autre chose qu'une disposition conditionnelle, une option laissée au libre arbitre des parties intéressées, ce qui ne présente rien de contraire aux lois ». En partageant les biens du prédécédé avec ses biens propres l'ascendant n'avait eu en vue que l'avantage de ses enfants ; ce qu'il se proposait c'était de faire disparaître tout sujet de contestation entre eux. La clause pénale tendant à maintenir cet acte n'a assurément rien d'illicite, et doit, d'après notre distinction, être maintenue puisque la nullité du partage ne touche en rien à l'ordre public.

Une année auparavant la Cour de cassation s'était du reste déjà prononcée dans le même sens ; et nous voyons de nombreux arrêts se conformer à ces principes ; tels sont

(1) Sirey, 1831.1.100.

ceux du 18 janvier 1858 (1) et du 22 décembre 1845 (2).

Ces mêmes principes sont fortement établis par M. le conseiller de Maleville dans son rapport à la Cour de cassation lors de l'arrêt du 1^{er} mars 1830. « En thèse générale, dit-il, lorsqu'une disposition est radicalement nulle comme illicite, contraire aux mœurs ou à l'ordre public, la clause par laquelle un testateur chercherait à la faire maintenir serait également nulle. Ainsi lorsque un testateur dispose en faveur d'une personne indigne ou incapable, lorsqu'il étend sa disposition au delà de ce que lui permet la loi, on a toujours jugé avant et depuis le Code que, dans ce cas, la clause par laquelle il chercherait à forcer ses héritiers à respecter de pareilles dispositions était radicalement nulle ; qu'elle devait être regardée comme non apposée parce qu'elle n'avait pour objet que d'éluder la loi, que de faire prévaloir contre elle la volonté d'un testateur arrogant. Mais peut-être en devrait-il être autrement lorsque le vice dont est entachée la disposition principale ne tient ni à l'ordre public ni aux mœurs, lorsqu'il ne touche qu'à des intérêts privés, qu'à des droits auxquels il est permis de renoncer. »

Ce système est fort naturel et s'explique très bien pour ceux qui, de même que nous, considèrent la clause pénale comme une condition et lui appliquent l'article 900. Il est, en effet, maintenant généralement admis que l'article 900 doit se combiner avec l'article 6 de notre Code ; on reconnaît qu'il ne s'agit dans le premier que des lois d'ordre public. Quant à celles qui ne concernent que des intérêts

(1) D. 1858.1.24.

(2) 1846.1.5.

privés il est toujours permis d'y déroger : *privatorum pactis juri publico derogari non potest*.

On n'a toutefois pas toujours interprété ainsi l'article 900 : « La disposition de l'article 900 », dit Merlin (1), « est-elle « limitée aux conditions qui sont contraires aux lois d'ordre public ? Non ; il est généralement reconnu qu'elle « porte également sur les conditions contraires aux lois « d'intérêt privé. Ainsi vainement un testateur apposerait- « il à l'institution qu'il ferait d'un légataire universel, la « condition de ne pas accepter sa succession sous bénéfice « d'inventaire ou celle de ne pas disposer lui-même par « testament des biens qu'il lui laisse ; ces conditions seraient incontestablement tenues pour contraires aux « lois, et l'institution serait exécutée comme si elles n'y « eussent pas été apposées ».

Et la Cour de Caen, dans l'arrêt en date du 9 juin 1874 que nous avons déjà cité, se prononce dans le même sens : « Attendu, dit la Cour, que la distinction ci-dessus est en « opposition manifeste avec l'article 900, lequel n'atteint « pas seulement les conditions contraires à l'ordre public « mais encore celles qui sont simplement contraires aux « lois, et qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne « distingue pas ; qu'il suffit au surplus de comparer les « termes de cet article 900 avec ceux de l'article 6 du Code « civil pour avoir la certitude que le premier de ces textes « s'applique aux conditions contraires aux lois en général « et non pas seulement aux lois d'ordre public ; qu'enfin « nulle part le mot loi, employé seul, ne signifie : ordre « public ou lois d'ordre public ». M. Lanfranc de Panthou,

(1) *Legs*, section 3, § 3, p. 25.

avocat général, avait prononcé ses conclusions dans ce sens en déclarant que cette assimilation entre le texte de l'article 900 et celui de l'article 6 n'est pas juridique.

Nous ne voulons pas discuter ici la question de savoir si l'article 900 s'applique à toutes les lois, même à celles d'intérêt privé, ou si, au contraire, il ne s'étend qu'aux lois d'intérêt public. Mais si l'on admet, conformément à ce que nous avons dit précédemment et comme cela est reconnu généralement, qu'il ne concerne que ces dernières, et si l'on tient d'autre part la clause pénale pour une condition, il est très juridique de suivre le système que nous venons d'exposer et dont les conséquences, tout en respectant les lois d'ordre public auxquelles le Code défend de déroger, n'entravent pas la liberté de disposer que nos lois assurent à tout individu.

Nous trouvons néanmoins que cette théorie, ainsi exprimée, n'est pas juste. Il est en effet plus exact de dire que c'est la nature du droit que la clause pénale tend à retirer qu'il faut examiner, et que l'on doit distinguer : en premier lieu selon que c'est un droit public ou un droit privé, et en deuxième lieu, au cas où il s'agit d'un droit privé, selon que ce droit a été conféré dans l'intérêt public ou dans l'intérêt privé de celui auquel la loi le donne. La clause pénale est-elle en opposition avec un droit public ou un droit privé concédé dans l'intérêt public, elle est nulle. Ne s'agit-il au contraire que d'un droit privé, conféré dans l'intérêt privé de son titulaire, elle est valable.

Nous pensons que c'est sur cette idée que reposent les nombreuses décisions judiciaires qui invoquent la différence entre l'ordre public et l'intérêt privé ; elles ne l'expriment

pas catégoriquement, mais l'appliquent avec précision. Et même la Cour de cassation l'a, pour ainsi dire, formulée dans un des motifs par lesquels elle justifie la solution qu'elle admet dans son arrêt du 22 juillet 1874 (1), en disant que le droit, que donne aux héritiers l'article 826 du Code civil, de réclamer leur part en nature des biens de la succession « leur a été conféré dans leur intérêt privé ».

§ VI. — Théorie de la garantie légale.

Comme nous le verrons dans la section suivante, le système précédent donne des solutions excellentes auxquelles nous nous conformerons presque toujours. Nous admettons parfaitement de plus, que, lorsque l'ordre public est en jeu, l'on doit déclarer nulle la clause pénale (article 900), ce qui incontestablement a lieu lorsque le droit dont la clause pénale tend à supprimer l'exercice est un droit public. L'ordre public est intéressé à ce que ces droits soient exercés; le titulaire de ces droits ne peut pas y renoncer, il est donc naturel que personne ne puisse lui en imposer la renonciation. Aussi ne nous occuperons-nous pas de ce cas qui n'offre aucune difficulté, et tombe directement sous le coup de l'article 900 du Code civil.

Nous allons étudier au contraire l'hypothèse où le droit que le disposant veut retirer à son héritier ou à son légataire, est un droit privé. Il nous semble qu'alors on ne peut pas dire que l'intérêt public soit en jeu, et c'est ce qui nous oblige à abandonner la théorie consistant à distinguer entre les cas concernant l'ordre public et ceux où il ne s'agit

(1) Dalloz, 1876. 1. 454.

que d'un intérêt privé. Mais pour plus de facilité nous prendrons toujours le même exemple : nous supposerons que le droit dont le testateur veut priver son héritier est le droit qu'il a d'attaquer un testament nul.

La distinction entre les droits conférés dans notre intérêt privé et les droits conférés dans l'intérêt public soulève, lorsqu'il s'agit de droits privés, deux objections principales qui prouvent que ce n'est pas cette idée que l'on doit suivre pour rechercher les cas de validité et de nullité de la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit.

La première objection consiste en ce qu'on ne voit guère apparaître en notre sujet la notion de l'ordre public. Les droits dont il est ici question n'intéressent jamais à proprement parler ni l'ordre public ni les bonnes mœurs ; nous supposons, en effet, qu'il s'agit de droits privés. Et quant à la distinction entre ceux qui sont conférés dans l'intérêt général et ceux conférés dans l'intérêt privé de leurs titulaires, nous ne voyons pas précisément ce qu'elle signifie. Tous ces droits privés en effet se traduisent par un intérêt pécuniaire, et c'est bien à ce droit pécuniaire que le testateur veut porter atteinte puisque, comme nous le savons, dans tous les cas où une clause pénale est apposée pour empêcher d'attaquer un testament, le but de celui qui l'a stipulée est de diminuer le droit pécuniaire de celui contre qui elle est formulée. L'intérêt public n'est donc pas en jeu ; les droits patrimoniaux ne concernent que les particuliers, et c'est bien eux seuls qu'ils concernent puisque le législateur les abandonne à leurs libres conventions. Et cela s'explique ; qu'importe, en effet, à l'ordre public qu'un enfant ait une plus ou moins grande part des

biens de son père ; ce n'est là qu'un intérêt particulier, ne touchant en rien l'ordre public. Sans doute, le plus souvent l'héritier ou le copartageant ne conservera sa part de disponible qu'au prix d'un sacrifice ou d'une gêne plus ou moins considérable ; qu'importe ! C'est la condition que le disposant a mis à sa disposition et il n'y a rien en cela qui répugne à la morale ou à l'ordre public : « Nous ne croyons pas qu'il y ait rien de contraire à l'ordre public dans cette libre option qui est déferée à l'enfant entre deux partis où il ne s'agit que de son intérêt privé », dit Demolombe (1) pour le cas où l'ascendant a mis comme condition à son partage que, si l'un de ses enfants l'attaque pour quelque cause que ce soit, il lègue à ses autres enfants par préciput la quotité disponible, et où l'un des enfants prétend que le partage fait par l'ascendant entame sa réserve.

Nous ne voyons donc pas comment on peut distinguer à cet égard entre les nullités fondées sur un intérêt public et les nullités relatives seulement à l'intérêt privé des héritiers, ou entre les droits concédés dans un intérêt général et ceux conférés dans un intérêt privé. Il ne s'agit toujours que de droits dans une succession, droits essentiellement pécuniaires qui ne concernent que l'intérêt privé de leurs titulaires.

Nous avons dit, il y a un instant, que l'héritier peut transiger sur ces droits que le testateur veut lui retirer par l'adjonction d'une clause pénale ; et, de ce que l'héritier peut disposer de ces droits, nous tirons une seconde

(1) Demolombe, t. 23, p. 62.

objection contre la prétendue distinction à faire entre les cas où l'ordre public est en jeu et ceux où il ne l'est pas.

Les droits qui concernent l'ordre public se distinguent des autres en ce qu'on ne peut ni y renoncer, ni les céder à un tiers. S'il y a un intérêt d'ordre public à ce que nous ayons tel ou tel droit, il est évident qu'il ne nous est pas permis de les céder ni d'y renoncer ; les lois d'ordre public sont au-dessus des conventions des particuliers. En est-il ainsi du droit qu'a un héritier d'attaquer le testament nul de son ascendant ? Évidemment non ; la réponse n'est même pas douteuse : Supposons que l'héritier ait exécuté la disposition nulle, un legs par exemple. Si cette exécution, c'est-à-dire la délivrance de ce legs, ne peut pas être considérée comme une donation, ni comme un aveu de l'inexistence de la nullité qu'il prétendrait invoquer, cet héritier peut encore faire annuler le legs et réclamer les biens légués. Mais ce parti ne lui est pas imposé, et, au lieu d'agir ainsi, l'héritier peut renoncer à cette action en revendication et ce au profit du détenteur de la chose léguée ; il peut également céder cette action en revendication et tirer argent de cette cession. Il est incontestable que l'héritier a ce droit : tout individu, en effet, peut disposer de son patrimoine, et cette action en revendication qui est bien le droit que l'ascendant veut retirer à son héritier, est une partie du patrimoine de ce dernier. Et, puisqu'il peut disposer de ce droit, c'est que ce droit ne lui a pas été concédé dans un intérêt public. « De deux choses l'une », écrit M. Bartin (1) : « ou ces droits de l'héritier touchent à l'or-

(1) Bartin, *Des conditions illicites*, p. 222.

« dre public et alors aucun acte juridique ne saurait l'en
« dépouiller, il en est le dépositaire incontestable et ne
« peut les perdre qu'en les exerçant ; ou bien ces droits
« sont parfaitement cessibles en eux-mêmes, et alors ce
« n'est plus l'insaisissable notion d'ordre public qui rend
« nulle la condition destinée par le disposant à en priver
« l'héritier. »

Ne peut-on pas ajouter que cette distinction entre ces droits conférés dans l'intérêt général et ceux conférés dans l'intérêt privé du titulaire, serait excessivement difficile à établir. Comme nous l'avons dit, en effet, au commencement de cette étude, tous les droits que nous tenons de la loi peuvent être considérés comme des mesures d'intérêt général : S'il nous est permis d'exercer tel ou tel droit, c'est que le bien-être de la société, l'intérêt général l'exigent. Comment pourrait-on alors établir cette distinction ?

Cette distinction entre les droits conférés dans l'intérêt privé de ceux auxquels ils appartiennent et ceux conférés dans un intérêt général, ne peut donc pas motiver le caractère licite ou illicite de la clause pénale. Nous devons en chercher une autre cause, ou tout au moins chercher une formule comprenant les solutions admises généralement, et pouvant, sinon les justifier, tout au moins les expliquer.

M. Martin a exposé une formule fort juste à notre avis, et que nous proposons d'adopter. On peut, à la vérité, lui reprocher de ne pas résulter directement des termes de la loi et d'être un peu trop ingénieuse, mais il ne faut pas s'en étonner ; nous savons que le législateur a complètement oublié de s'occuper de la clause pénale dans les actes à titre gratuit ; nous avons vu, en effet, qu'on ne peut pas lui ap-

pliquer les articles 1226 et suivants du Code civil parce qu'elle est bien une condition et qu'elle doit, comme telle, tomber sous l'application de l'article 900. Mais nous venons de montrer que la notion de l'intérêt public et de l'intérêt privé doit être rejetée, et ne peut pas être appliquée à la clause pénale. Nous sommes donc obligé de chercher une autre explication aux solutions admises sur ce sujet ; on ne saurait du reste s'étonner de ce que l'article 900 du Code civil ne s'applique pas ici à la lettre et dans son sens habituel, la clause pénale n'étant pas une condition ordinaire.

M. Bartin résume son principe dans cette formule :

Les droits pécuniaires qu'une condition ne peut nous enlever, se distinguent par ce trait qu'on peut y voir une garantie légale contre l'abus que fait l'auteur de la condition du pouvoir de contracter ou de disposer (1).

Les seuls droits pécuniaires qu'une condition puisse nous enlever sont donc ceux qui n'ont pas ce caractère de garantie légale dirigée contre l'auteur de la condition : tel est, par exemple, le droit qu'a tout héritier d'attaquer le legs fait par son auteur de la chose d'autrui. L'article 1021 déclare nul ce legs, mais cette nullité ne constitue certainement pas une garantie prise par la loi contre le disposant. Tout le monde, en effet, admet que la disposition par laquelle on charge son héritier d'acquérir et de livrer à un tiers la chose d'autrui, est valable et ne tombe pas sous le coup de l'article 1021. Or, la condition au moyen de laquelle un testateur, en léguant un objet appartenant à son

(1) Bartin, *op. cit.*, p. 226.

héritier, impose à ce dernier l'obligation de ne pas invoquer la nullité résultant de l'article 1021, constitue une disposition de même ordre. Elle a pour objet une abstention de l'héritier, tandis que dans le premier cas, c'est une prestation qu'on lui impose ; c'est là la seule différence existant entre ces deux dispositions. Le droit qu'a l'héritier d'agir en nullité contre ce legs n'est donc pas une mesure de précaution prise par la loi contre le testateur, et celui-ci peut, au moyen d'une clause pénale, imposer à son héritier de respecter son legs s'il veut ne pas perdre sa part dans la quotité disponible.

Nous déciderons le contraire pour la clause pénale ayant pour but de valider un testament dépourvu des formes légales, ou fait par suggestion et captation ; dans ces derniers cas, en effet, le droit qu'a l'héritier d'attaquer le testament est une garantie que la loi prend contre le disposant. En permettant à l'héritier d'attaquer tout testament nul en la forme, ou tout testament fait par captation, le législateur établit une garantie en faveur de l'héritier et contre le disposant ; il protège celui-là contre la faiblesse d'esprit et contre l'insuffisance de la volonté libérale de celui-ci.

Le caractère illicite de la clause pénale dans les deux dernières hypothèses que nous venons d'exposer, ne tient pas à la nature des droits qu'elle nous enlève ; en effet, comme le droit d'attaquer le legs de la chose d'autrui, ce sont des droits pécuniaires et par suite privés. Ce caractère illicite provient au contraire, comme le dit M. Martin, de la relation qui existe entre ce droit et la personne du disposant : « La condition est illicite parce que le droit

« qu'elle nous ôte revêt à l'égard du disposant un caractère tel qu'il ne peut nous en punir. »

La jurisprudence n'a jamais émis ce principe et aucun arrêt ne parle d'une distinction semblable. Les tribunaux semblent guidés exclusivement par l'idée de l'option. Ils limitent néanmoins, comme nous le verrons prochainement, l'application de cette idée, et leurs décisions sont pour la plupart conformes aux conséquences de la formule que nous avons adoptée. On ne saurait en être surpris ; nous avons vu, en effet, que de nombreux arrêts (1), rejetant l'idée de l'option sans réserve admise par d'autres décisions judiciaires, ont jugé qu'il fallait distinguer suivant que le droit, dont la clause pénale a pour but de provoquer l'abandon, a été conféré dans un intérêt public ou dans un intérêt privé. Or, quand pouvons-nous dire qu'un droit purement pécuniaire est une garantie que la loi a instituée contre le disposant ? C'est presque toujours lorsqu'il s'agit d'un droit créé dans un but d'utilité sociale et non seulement dans notre intérêt personnel. Ainsi, si le droit qu'a tout héritier d'attaquer un testament nul en la forme est bien une garantie établie par la loi contre le testateur, il n'en est pas moins certain que ce droit a son utilité sociale, et que ce dernier point de vue n'était pas absent de l'esprit du législateur lorsqu'il a imposé des formes spéciales aux testaments (2).

(1) Poitiers, 20 février 1861, Dalloz, 1861.2.94 ; Cassation, 15 février 1870, Dalloz, 1870.1.182 ; Cassation, 22 juillet 1874, Dalloz, 1876.1.454.

(2) Voir dans ce sens Dalloz, Répertoire, *Supplément*, t. 5, p. 73.

CONCLUSION

En résumé nous considérons la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit comme une condition. Nous rejetons l'application des articles 1226 et suivants qu'on a proposé d'en faire et la prétendue théorie de l'option dont on n'a jamais voulu accepter les conséquences.

Nous appliquons au contraire à cette clause pénale l'article 900 du Code civil toutes les fois qu'elle est contraire à l'ordre public, ce qui n'a lieu que lorsque le droit que le disposant veut enlever à son héritier est un droit public. Lorsqu'il s'agit d'un droit privé, il n'est plus possible de faire cette distinction entre les atteintes à l'ordre public et celles à l'intérêt privé ; nous pensons avec M. Martin que la clause pénale n'est alors valable que lorsque le droit qu'elle tend à retirer à l'héritier n'a pas le caractère d'une mesure de précaution prise contre le disposant.

SECTION II

Dans une première section nous avons étudié la question de la validité de la clause pénale ; dans cette seconde section nous allons examiner les principaux cas d'application de cette clause, et, en nous conformant à la théorie que nous avons adoptée, nous nous prononcerons tantôt pour la validité et tantôt pour la nullité des principaux de ces cas. Mais ils sont très nombreux en pratique et les décisions judiciaires abondent sur ce sujet ; il est donc utile d'en diviser l'étude en deux titres.

Dans un premier titre nous énoncerons les principales clauses pénales dont nous pensons devoir admettre la validité ; dans un second nous nous occuperons de celles dont nous proposons de reconnaître la nullité. Cette étude fera connaître les décisions les plus importantes que la jurisprudence a rendues sur notre sujet ; nous constaterons que, comme nous l'avons dit précédemment, si les tribunaux n'ont pas toujours rattaché leurs solutions à ce que nous croyons être les vrais principes, puisqu'ils semblent adopter la théorie de l'option, ils restreignent du moins l'application de cette dernière théorie dans de telles limites que leurs décisions sont conformes aux nôtres, et que, presque toujours, ils ne reconnaissent comme valables que les clauses pénales dont nous rejetons la nullité.

Disons avant tout début que dans notre second titre les solutions que nous donnerons seront semblables à celles qui résulteraient de l'application de la théorie de la clause

pénale : toutes les dispositions que nous déclarerons nulles seraient en effet, et à plus forte raison, déclarées nulles par les partisans de cette théorie. Il en sera autrement au contraire dans notre premier titre, puisque nous n'admettons pas, comme ceux qui suivent la théorie de la clause pénale, qu'il faille attendre l'issue du procès pour ne déclarer la clause pénale valable que lorsque la contestation de l'héritier est mal fondée.

TITRE I^{er}. — Des cas dans lesquels la clause pénale
est valable.

Pour qu'une clause pénale soit valable il faut, avons-nous dit, que la disposition dont le testateur a voulu assurer le respect ne touche pas à l'ordre public, selon la majorité des auteurs, et, d'après nous, que le droit auquel elle porte atteinte, bien que conféré par la loi, ne soit pas une mesure de précaution prise par celle-ci en faveur du bénéficiaire contre le disposant.

Nous allons exposer les principaux cas d'application de la clause pénale dans lesquels cette dernière condition existe.

Nous avons vu que l'on peut défendre à son héritier d'attaquer le testament ou le partage que l'on fait, et nous avons mentionné, pour confirmer ce principe, un arrêt de la Cour de cassation en date du 22 décembre 1845 cassant un arrêt de la Cour de Paris du 25 janvier 1844 qui avait jugé que l'on ne peut pas priver un citoyen du droit de recourir à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui lui est préjudiciable. Mais nous avons main-

tenant à examiner les diverses applications de cette clause pénale.

§ I.

Un premier cas, extrêmement fréquent en pratique, est celui où un disposant défend à son héritier d'attaquer le legs qu'il fait de la chose d'autrui, et stipule une clause pénale pour le cas où son héritier ne se conformerait pas à sa volonté.

Cette clause peut se présenter et dans les testaments et dans les partages d'ascendants ; tandis que dans les premiers le testateur lègue simplement une chose qui ne lui appartient pas, dans les seconds l'ascendant qui fait le partage de ses biens comprend dans ce partage les biens qui composent la succession de son conjoint prédécédé et qui appartiennent déjà à ses enfants. Ces deux sortes de dispositions tombent l'une et l'autre sous le coup de l'article 1021 du Code civil qui déclare nul le legs de la chose d'autrui. Ces dispositions étant nulles, les enfants ou héritiers ont le droit de les attaquer, et c'est précisément pour empêcher cette attaque que le testateur ou l'ascendant stipule une clause pénale, consistant ordinairement dans la privation, pour celui qui demandera la nullité de l'acte, de sa part dans la quotité disponible.

Cette clause est-elle valable ? est-il possible à un testateur de soustraire ses dispositions à l'application de l'article 900 du Code civil ?

La jurisprudence semble indécise. Les tribunaux qui ont été saisis de cette question se sont, en effet, prononcés tantôt pour la validité de cette clause, tantôt pour la nul-

lité. Mentionnons ici un arrêt de la Cour de cassation en date du 15 avril 1860 (1). Cet arrêt a décidé que la clause pénale par laquelle un testateur interdit à ses héritiers d'attaquer son testament, n'est pas encourue par celui qui se refuse à la délivrance d'un legs, en s'en prétendant propriétaire. Cet arrêt peut donc laisser un certain doute sur le point de savoir si cette clause est valable.

Mais ce doute, la Cour de Caen l'a dissipé complètement dans un arrêt rendu le 9 juin 1874 (2) et que nous avons déjà plusieurs fois cité. Cet arrêt, en effet, qui infirme un jugement du tribunal de Bayeux en date du 19 novembre 1873, dit en termes précis que toute clause pénale ayant pour objet d'empêcher un héritier de demander la nullité d'un legs fait de la chose d'autrui, est nulle. L'avocat générale Lanfranc de Panthou avait développé devant la Cour des conclusions, dont nous avons du reste déjà cité à plusieurs reprises différents passages, tendant à ce que la Cour prononçât que l'appelant a pu, sans encourir les effets de la clause pénale insérée dans le testament, attaquer ce testament, puisque cette clause pénale avait pour but de protéger le legs de la chose d'autrui, ce qui est une véritable illégalité. La Cour se conforma à ces conclusions et jugea que la clause pénale n'était pas encourue pour les motifs suivants : « Attendu que la faculté accordée par « l'article 1705 du Code civil aux père et mère de faire « par acte testamentaire le partage anticipé de leurs biens « entre leurs enfants, ne peut s'entendre que des biens « dont chacun d'eux a la propriété ; que vainement ob-

(1) Affaire de Langlade.

(2) Dalloz, 1876.2.33.

« jecte-t-on que la testatrice a offert à son fils une option
« que celui-ci peut faire en toute liberté. »

Mais malgré cet arrêt et d'autres semblables qui semblent admettre la nullité de cette clause pénale, l'on doit dire que la jurisprudence se prononce d'une façon générale pour l'opinion opposée et reconnaît presque toujours la validité de cette clause (1).

Nous pensons que cette dernière solution est celle que l'on doit admettre : la plupart des auteurs, du reste, sont d'avis conforme.

Pour justifier leur opinion, ces auteurs remontent au droit romain qui autorisait le legs de la chose d'autrui lorsque le disposant avait su qu'elle ne lui appartenait pas, et qui le rejetait au contraire et le déclarait nul lorsque le testateur l'avait cru sienne. Le Code civil, ajoutent-ils, afin d'éviter toutes les difficultés qu'une telle distinction suscitait, a prohibé dans tous les cas le legs de la chose d'autrui ; mais il ne l'a prohibé que pour éviter ces difficultés ; le disposant est donc censé dans tous les cas croire que la chose léguée lui appartient. Ce n'est donc qu'une question d'interprétation de la volonté du testateur, par suite une question d'intérêt purement privé où l'ordre public n'est pas en jeu. Ils appliquent alors leur théorie sur la validité de la clause pénale, et la déclarent valable dans ce cas parce que la disposition à laquelle le testateur défend de toucher ne concerne pas l'intérêt général ! « Aux termes

(1) Cassation, 1^{er} mars 1830, D. 1830.1.142 ; Cassation, 1^{er} mars 1831, D. 1831.1.182 ; Besançon, 16 janvier 1846, D. 1847.2.127 ; Besançon, 14 mai 1845, D. 1849.1.253-54.

de l'article 1021 », dit M. Laurent (1), « le legs de la chose
« d'autrui est nul. Cette disposition est-elle d'ordre pu-
« blic ? la négative est certaine. En effet léguer la chose
« d'autrui, ce n'est point disposer de la chose d'autrui,
« c'est léguer la valeur de la chose. Les jurisconsultes ro-
« mains validaient le legs quand le testateur savait que la
« chose ne lui appartenait pas. La décision des auteurs du
« Code civil porte donc uniquement sur une question d'in-
« terprétation de la volonté du défunt, question d'intérêt
« privé. D'où suit que si une clause pénale est ajoutée au
« testament, la peine sera encourue. Vainement, dirait-on,
« que la disposition est illégale puisqu'elle est contraire
« à l'article 1021 ; une condition n'est pas illicite dans
« le sens de l'article 900 par cela seul qu'elle est en oppo-
« sition avec un texte ; il faut de plus que la loi soit d'or-
« dre public. Cela est décisif. »

Comme M. Laurent et les autres auteurs, nous pensons que la clause pénale qui a pour but d'empêcher la nullité d'un legs de la chose d'autrui est valable. Nous pensons toutefois que ce n'est pas parce que le droit que le testateur retire ainsi à son héritier n'est qu'un droit d'intérêt privé, que l'on doit admettre cette solution, mais bien parce que ce droit, quoique conféré expressément par la loi, n'a pas le caractère d'une garantie légale, d'une mesure de précaution prise contre le disposant. Et comment, en effet, pourrait-on soutenir que l'article 1021 constitue contre le disposant une garantie légale, puisque, comme nous l'avons déjà fait remarquer, il est permis de tourner pour

(1) Laurent, t. 41, p. 632.

ainsi dire cet article, en obligeant son héritier à acquérir la chose d'autrui que l'on veut léguer, au lieu de léguer purement et simplement cette chose. Le droit qu'a l'héritier de combattre une disposition contraire à l'article 1021 du Code civil n'est donc pas une garantie instituée par la loi contre le disposant, et celui-ci peut lui en retirer l'exercice au moyen d'une clause pénale. Et nous pensons que l'on doit appliquer cette solution au cas où le legs de la chose d'autrui intervient dans un partage d'ascendant par suite du partage non seulement des biens du disposant mais aussi de ceux de son conjoint prédécédé, tout aussi bien qu'au cas plus simple où c'est seulement dans son testament que le disposant lègue la chose d'autrui.

M. Martin, auquel nous avons emprunté la théorie de la garantie légale, rejette au contraire la validité de la clause pénale dans la première disposition ; il la rejette, non pas parce que le legs des biens du légataire est contraire à l'article 1021 du Code civil, mais parce qu'il est contraire aux articles 1075 et suivants. « En léguant à cet enfant tel
« bien compris dans la succession du conjoint prédécédé
« ce n'est pas seulement, dit-il, un legs de la copropriété des autres enfants dans ce bien que le disposant
« a voulu faire, c'est un partage accompagné de ses garanties naturelles : le privilège et l'action en rescision.
« Je demande quel est son titre pour faire naître ces droits exorbitants. Les rédacteurs du Code ont cru devoir insérer dans leur œuvre un titre spécial pour attribuer
« les effets ordinaires du partage à la répartition qu'il fait
« de ses biens personnels entre ses descendants, cela
« veut dire sans doute que cette répartition n'eût pas com-

« porté ces effets de droit commun. Pouvons-nous dès
« lors les étendre à la répartition de biens étrangers au
« disposant (1). »

Cette objection assurément est assez grave ; nous pensons toutefois qu'elle n'est pas suffisante pour apporter une exception qui serait très fréquente en pratique à la théorie de la garantie légale, et que, malgré sa gravité, elle ne peut pas entraîner la nullité de cette clause pénale.

Dans le plus grand nombre de cas le legs de la chose d'autrui que fait le disposant est le legs de la chose même du légataire ; dans les partages d'ascendant, par exemple, il en est toujours ainsi. Et par suite, l'héritier ou le légataire, pour se conformer à la volonté du défunt, se trouve obligé d'aliéner sa chose. Mais cet héritier peut être incapable d'aliéner, il peut être mineur, par exemple. Que décider dans ce cas ? Doit-on, par suite de cette incapacité de celui contre qui la clause pénale est écrite, déclarer cette clause pénale illicite ?

Cette question est d'une certaine importance, aussi nous sommes obligé d'en donner la réponse ; mais il n'est pas aisé de le faire après ce qu'a dit sur ce sujet M. Bufnoir, l'éminent professeur de la Faculté de Paris, dans une consultation que la Cour de Dijon a ratifiée le 10 juillet 1879. Aussi nous croyons ne pouvoir mieux faire que de la citer ; faisons seulement observer auparavant que si la disposition en question renferme une condition nulle, elle n'en renferme pas d'illicite. La condition serait tout au plus juridiquement impossible. Pourquoi, en effet, serait-elle

(1) *Bartin, op. cit.*, p. 232.

nulle ? uniquement par le motif que le tuteur de ce mineur se trouve dans l'impossibilité d'aliéner la propriété de son pupille. Pour vendre, en effet, les biens de ce dernier il est tenu d'observer les articles 457, 458 et 459 du Code civil ; or les formalités que prescrivent ces articles ne peuvent pas être appliquées dans l'hypothèse que nous étudions. Ce serait donc bien une impossibilité et une impossibilité juridique. Ce qui le prouve encore avec plus d'évidence, c'est que si le légataire était majeur il pourrait faire cet abandon de la chose léguée. Or, c'est précisément ce que conteste M. Bufnoir ; il n'admet pas que cette condition soit nulle (1) :

« Il est accordé sans difficulté que cette condition im-
« posée à une personne majeure et capable, serait obliga-
« toire et ne constituerait pas le legs de la chose d'autrui.
« Mais on soutient que s'adressant à un mineur, elle de-
« vient impossible par la raison que son accomplissement
« est en contradiction avec les règles de la tutelle, que
« cet accomplissement ne saurait être procuré à l'amia-
« ble par les représentants du mineur et qu'il n'existe,
« ni dans la juridiction gracieuse, ni dans la juridiction
« contentieuse des tribunaux, aucune base pour suppléer
« sur ce point à l'impuissance du tuteur. En présence de
« cette obligation une première observation se présente
« naturellement à l'esprit : A supposer que cela fût vrai,
« la prétendue impossibilité légale dont il s'agit ne serait
« à tout prendre qu'une impossibilité temporaire ; ce que
« le mineur ne pourrait pas faire aujourd'hui, il le pourra

(1) Sirey, 1880.2.41 et Bartin, p. 229.

« dans tous les cas au jour de sa majorité. Or il est re-
« connu que l'article 900 doit s'appliquer seulement en
« présence d'une impossibilité perpétuelle. Il reste donc
« acquis qu'au pis-aller la condition dont il s'agit ne
« serait impossible que temporairement, même à l'égard
« du mineur. Tout au plus par conséquent aurait-il pu
« être question de la part de la tutrice d'un ajournement,
« non d'une dispense d'exécution. »

« Mais il est temps d'aborder de front la thèse actuelle
« et de montrer qu'aucune impossibilité légale ne met
« obstacle, même durant la minorité du légataire, à l'ac-
« complissement de la condition qui lui a été imposée...
« Ne semble-t-il pas, à lire les arguments sur lesquels
« cette thèse s'appuie, qu'après le legs accepté et réguliè-
« rement accepté il faudrait encore faire intervenir pour
« l'accomplissement de la condition un acte juridique
« spécial, lequel se trouverait empêché par les règles de
« la tutelle ? Eh non, il ne faut rien de semblable. La
« transmission de propriété immobilière dont il s'agit
« ici, n'est ni une vente, ni un échange, ni une dona-
« tion, ni aucun autre acte juridique spécial qui devrait
« être accompli dans les formes et suivant les garanties qui
« lui sont propres. Cette transmission de propriété im-
« mobilière s'accomplira de soi et tout naturellement,
« comme conséquence virtuelle du legs, dès que cette ac-
« ceptation aura été régulièrement faite. Le tribunal de
« Langres, d'un seul mot, a nettement dévoilé le sophis-
« me : ce n'est pas de l'article 457, a-t-il dit, qu'il s'agit
« dans l'affaire, c'est de l'article 461. Rien de plus juste.
« Voici donc la question ramenée à ses véritables termes

« qui sont ceux-ci : les règles de la tutelle permettent-
« elles l'acceptation au profit du mineur d'une libéralité
« testamentaire, lorsque cette acceptation implique à la
« charge du mineur abdication d'un droit de propriété
« immobilière ? » .

Nous avons dit que la Cour de Dijon avait rendu un arrêt conforme aux conclusions de notre savant professeur ; ajoutons que la Cour de Besançon avait précédemment, le 16 janvier 1846 (1), admis la même solution en décidant que la clause par laquelle une mère, en faisant entre ses enfants le partage et de ses propres biens et de ceux de son mari prédécédé, dispose que celui de ses enfants qui attaquera ce partage sera privé de sa part dans la quotité disponible en ce qui concerne les biens maternels, part qu'elle donne aux autres enfants, est valable et oblige même les enfants mineurs. Elle confirmait un jugement de Lons-le-Saulnier en date du 28 août 1844, qui l'avait ainsi jugé. Ce jugement cite un arrêt du 9 mars 1829 de la Cour de Lyon, qui déclare cette clause valable, puis il ajoute
« qu'en vain on objecterait que dans l'espèce de cet ar-
« rêt la disposition conditionnelle et alternative n'est
« faite qu'au profit d'enfants majeurs, libres d'accepter la
« condition ; qu'on ne voit pas en effet de motifs plausi-
« bles pour refuser à un donateur la faculté de faire les
« mêmes dispositions au profit de ses enfants mineurs
« qu'au profit de ceux qui sont majeurs ; et que la seule
« différence consiste dans le droit, en faveur des pre-
« miers, de conserver l'option jusqu'à leur majorité ;

(1) D. 1847.2.127.

« qu'il est même vrai de dire que la nécessité de faire cette
« option ne commence pour eux qu'à leur majorité,
« d'où il suit que les dispositions du donateur ou du tes-
« tateur doivent être envisagées en pareil cas comme si
« tous les enfants avaient été majeurs au moment de la
« passation de l'acte dans lequel ces dispositions sont
« consignées. »

La condition dont il s'agit n'est donc pas illicite ni impossible ; mais l'accomplissement en doit être subordonné aux règles de la tutelle. Ce serait une autre question de rechercher quelles sont ici les règles de la tutelle que l'on doit suivre ; doit-on exiger l'homologation de la justice ? l'avis favorable du conseil de famille suffit-il au contraire ? nous ne pouvons ici étudier cette question qui est tout à fait en dehors de notre sujet.

§ II.

Souvent un ascendant dans le partage de ses biens, ou un testateur dans son testament, ne se conforme pas aux articles 826 et 832 du Code civil, et, pour faire respecter ses dispositions, stipule une clause pénale pour le cas où l'un de ses héritiers les attaquerait. Ainsi celui qui fait son testament peut prescrire à ses héritiers la vente de certains de ses immeubles ; c'est là une disposition contraire à l'article 826 du Code civil qui permet à chaque héritier d'exiger sa part en nature lorsque les immeubles sont commodes à partager. Ou encore c'est un testateur qui dans son partage attribue à l'un de ses enfants tous ses meubles et à l'autre tous ses immeubles, et ne respecte pas ainsi l'article 832 qui autorise chaque héritier à avoir

une part égale de meubles et d'immeubles. Et chacune de ces dispositions, il les sanctionne par une clause pénale. Cette clause pénale est-elle valable ?

Si cette question se pose au sujet du partage d'ascendants, c'est qu'une jurisprudence constante lui applique, à tort suivant nous, les articles 826 et 832 ; l'ascendant qui fait le partage de ses biens doit s'y conformer. Peut-il alors, par une clause pénale, empêcher ses descendants d'attaquer son partage s'il est contraire à ces articles ?

Disons de suite que tous les auteurs admettent la validité de cette clause et justifient leur opinion en disant qu'il s'agit ici d'intérêts exclusivement privés, et que l'intérêt public n'est aucunement en jeu. Car, comme le dit M. Laurent, le droit qu'a chaque héritier de demander sa part en nature lorsque les immeubles sont commodément partageables, comme le droit d'exiger une part égale de meubles et d'immeubles, ont été confiés aux héritiers dans leur intérêt privé. « Ils peuvent y renoncer, dit cet auteur, « sans contrevenir à aucun principe d'ordre public ; donc « il n'y a pas lieu de se prévaloir de l'article 900 et d'annuler la clause pénale comme tendant au maintien « d'une disposition illicite. »

Demolombe s'occupe du cas où le testateur a donné à l'un tous ses immeubles et à l'autre tous ses meubles, et il dit (1) : « Il est clair qu'il n'y a rien là qui touche l'intérêt public et que finalement l'option, qui est offerte à chacun des enfants par le testament paternel, ne regarde que leur intérêt privé. Qu'importe en effet relative-

(1) Demolombe, t. 18, p. 315.

« ment à l'ordre public que dans telle ou telle espèce par-
« ticulière, l'un des enfants ait tous les immeubles et
« l'autre seulement tous les meubles ? C'est donc à cha-
« cun des enfants qu'il appartient d'opter entre le lot qui
« lui a été attribué et sa réserve, à laquelle il se réduira
« lui-même volontairement s'il ne se contente pas de ce
« lot. »

Les tribunaux ont eu souvent à se prononcer sur la validité de cette clause et ils l'ont toujours admise (1). Nous voudrions montrer les motifs qu'ils donnent de leurs décisions ; prenons par exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1870.

Le demandeur en cassation, un sieur Beaucourt, prétendait que les décisions des premiers juges et de la Cour d'appel avaient violé l'article 826 du Code civil, puisqu'elles avaient déclaré valable la clause par laquelle une testatrice imposait la vente de certains immeubles qui pouvaient fort bien être partagés en nature ; or, disait-il, entre autres arguments, valider cette disposition c'est violer une prescription d'ordre public, celle de l'article 826. Ce n'est pas en effet en vue d'un intérêt privé mais bien par un motif d'intérêt général, celui de conserver les biens dans les familles dans un but d'intérêt social, que la loi ordonne le partage des biens d'une succession. On ne pouvait donc pas lui faire application de la clause pénale édictée par la testatrice.

Ainsi qu'on le voit, le demandeur en cassation admettait,

(1) Poitiers, 20 février 1861, Dalloz, 1861. 2. 93 ; Cassation, 26 juin 1882, Dalloz, 1883. 1. 70 ; Cassation, 15 février 1870, Dalloz, 1870. 1. 182 ; Cassation, 11 juillet 1883, Dalloz, 1883. 1. 444.

au sujet de la validité de la clause pénale, la distinction que les auteurs et la majorité des tribunaux et cours d'appel déclarent devoir être faite entre les droits concédés dans un intérêt privé et ceux qui touchent à l'ordre public ; mais il prétendait, contrairement à la Cour de Douai, que le droit que donne l'article 826 à tout héritier d'avoir sa part de biens en nature, est un droit d'ordre public. La Cour de cassation n'admit pas cette prétention et elle rendit l'arrêt suivant : « Attendu que la dame Beaucourt
« avait la libre disposition du quart de ses biens aux termes de l'article 913 ; qu'elle a, dès lors, agi dans la plénitude de ses droits quand elle a inséré dans son testament que cette part de ses biens adviendrait à ceux de ses enfants qui respecteraient ses dernières volontés, à l'exclusion de ceux qui ne s'y conformeraient pas. Attendu que la disposition par laquelle la testatrice ordonne que ses biens immeubles urbains et sa maison de campagne soient vendus et que le prix en soit partagé entre ses enfants ne saurait être considérée comme une illégale ingérence dans l'administration des biens qui, par son décès, auraient cessé de lui appartenir pour devenir, en vertu de la loi, la propriété de ses héritiers ; que la mère commune, disposant de la part disponible de ses biens envers ses enfants, a pu mettre à cette dévolution une condition qu'il leur était libre d'accepter ou de répudier sous la clause pénale écrite dans le testament ; que, sans doute, cette disposition rendant la vente de certains immeubles obligatoire, portait atteinte aux droits que l'article 826 donne à chaque héritier de demander sa part en nature chaque

« fois que les immeubles sont commodément partageables. Mais attendu que ce droit a été conféré aux héritiers dans leur intérêt privé, qu'ils peuvent donc y renoncer comme on peut leur en imposer l'obligation, sans contrevenir par là à aucun principe d'ordre public et sans encourir pour de semblables stipulations la nullité édictée par l'article 900 etc... Rejette. »

De même le 11 juillet 1883 la Cour de cassation, se fondant sur ce que l'article 826 a été édicté non dans un intérêt d'ordre public mais dans l'intérêt privé des héritiers, a jugé qu'un testateur peut sanctionner par une clause pénale une disposition de son testament qui déroge à cette règle.

Voici maintenant un arrêt de la Cour de cassation qui ne s'occupe pas de la clause pénale qui a pour but de déroger à l'article 826, mais bien de celle qui est contraire à l'article 832 du Code civil. Il est du 26 juin 1882 : Un sieur Gentis avait fait donation de tous ses biens le 9 novembre 1862 à ses trois enfants : Pierre et Auguste Gentis, et la dame Valteaud. Ce même jour les donataires se partagèrent ces biens en présence et avec l'approbation du donateur, et celui-ci déclara expressément, pour sanctionner ce partage, qu'il donnait par préciput toute la quotité disponible à celui ou ceux de ces enfants contre qui serait attaqué ce partage. Après la mort de leur père, deux de ses enfants, Auguste Gentis et la dame Valteaud, attaquèrent la donation et le partage du 9 novembre 1862, comme ayant violé l'article 832 qui ordonne l'égale composition de biens et de même nature des lots. Le 13 juin 1876 le tribunal de Cognac ordonna une expertise pour savoir si

la réserve avait été attaquée, et, l'expertise ayant démontré qu'elle avait été respectée, ce tribunal déclara le 30 mai 1878 que la clause pénale était applicable à la dame Valteaud et à Auguste Gentis. La Cour de Bordeaux le 4 mai 1880 confirma ce jugement. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 832 en ce que l'arrêt attaqué a fait produire effet à une clause pénale contenue dans un acte contraire aux règles du partage. La Cour rejeta ce pourvoi et elle en donna le motif suivant : « Que s'il est vrai
« que toutes dispositions entre vifs ou testamentaires con-
« traire aux lois ou aux bonnes mœurs étant réputées non
« écrites ne peuvent être protégées par une clause pénale,
« il n'en saurait être ainsi que des dispositions qui intéres-
« sent l'ordre public et non de celles qui ne touchent qu'à
« des intérêts privés ; attendu qu'en matière de donation et
« de partage les dispositions relatives à la réserve légale
« sont d'ordre public, mais que celles qui règlent la compo-
« sition des lots n'ont pas ce caractère ; qu'il suit de là que
« dans un partage d'ascendant le donateur ne peut sanc-
« tionner par une clause pénale une disposition qui porte-
« rait atteinte à la réserve légale de ses héritiers, mais qu'il
« peut le faire pour assurer le maintien du lotissement par
« lui opéré. »

De même la Cour de cassation de Belgique a jugé que l'on peut déroger aux articles 826 et 832 ; elle dit en effet dans un arrêt tout récent, rendu le 14 mai 1895, que si les articles 831 à 833 du Code civil prescrivent non seulement l'égalité des lots mais encore que ceux-ci doivent comprendre, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de la même nature et

valeur, ces dispositions néanmoins ne doivent recevoir leur application en matière de successions testamentaires que pour autant que le testateur n'y ait pas dérogé (1).

Les tribunaux admettent donc la validité de la clause pénale qui tend à faire respecter des dispositions contraires aux articles 826 et 832, et, comme les auteurs, ils l'admettent par le motif que ces articles ne touchent qu'à des intérêts privés (2).

Comme nous l'avons dit en exposant la théorie de la garantie légale, nous n'admettons pas cette distinction entre les droits d'intérêt privé et ceux d'intérêt public. Ne peut-on pas en effet soutenir, et avec raison, comme le faisait le sieur Beaucourt dans son pourvoi en cassation que nous avons rappelé, que les auteurs du Code ont édicté l'article 826 et prescrit le partage au lieu de la vente dans un intérêt général, dans celui de la conservation des biens dans la famille, et que par suite cet article touche à l'ordre public tout aussi bien que celui qui institue une réserve pour certains héritiers. Ou bien ne peut-on pas dire, plus justement peut-être, que ni l'un ni l'autre de ces articles n'a été institué dans un intérêt public puisqu'ils ne concernent que des droits pécuniaires. Pourquoi valider alors la clause pénale qui a pour but de tourner les articles 826 et 832, tandis que, comme nous le verrons, on déclare nulle celle qui tend à faire respecter une disposition qui entame

(1) *Pasicrisie belge*, 1895.1.119.

(2) Voir toutefois, D. 1861. 2. 94, un arrêt de la Cour de Poitiers qui explique la solution en prétendant que les mots « autant que possible » de l'article 832 voulant dire que le législateur s'en rapporte à l'équité du père, le disposant peut imposer cette clause pénale lorsque l'intérêt du donataire paraît avoir seul déterminé le donateur.

la réserve ? Que devient cette distinction entre les droits d'intérêt public et ceux d'intérêt privé ? Aussi croyons-nous que l'on doit justifier la validité de la clause pénale dont nous nous occupons, en en donnant comme cause que le droit que le disposant veut retirer à son héritier n'est pas une garantie légale instituée contre l'abus qu'il pourrait faire de son droit de disposer.

Mais il faut justifier ce que nous disons là, parce qu'au premier abord il semble que ce droit qu'a l'héritier de demander la nullité de toute disposition contraire aux articles 826 et 832 est bien une garantie, une mesure de précaution prise contre le disposant, et que, par suite, la clause pénale qui tend à l'en punir est nulle ; ce serait donc la solution contraire de celle que nous donnons qu'il faudrait accepter. Mais ce n'est pas notre avis et nous pensons que tout doute doit disparaître après un rapide examen.

Les articles en question ne visent que le cas du partage des biens et obligent l'auteur d'un partage à s'y conformer ; dans ce sens ils établissent bien une garantie légale contre le disposant. Mais si le testateur qui, dans son testament, attribue à chacun de ses héritiers tel ou tel bien, fait évidemment le partage de ses biens, il fait certainement un acte de disposition lorsque à ce partage il ajoute une clause pénale. Par cette clause pénale il prive conditionnellement un de ses héritiers d'une certaine partie de ses biens ; il dispose donc de ses biens, il en dispose conditionnellement et fait un préciput virtuel pour le cas où la peine serait encourue, lequel préciput empêche que les lots fassent l'objet d'un nouveau partage. Les articles 826 et 832 ne sont plus applicables à cet acte de disposition qui n'est

plus soumis qu'aux règles des donations et des testaments ; la preuve en est que certainement tout testateur peut par préciput laisser à un de ses héritiers ou tous ses meubles ou tous ses immeubles sans avoir à observer ces articles ; il doit au contraire suivre les règles de la réserve qui régissent toutes les dispositions. Comme le dit M. Martin (1) « ce que l'ascendant n'a pas le droit de faire tant qu'il ré-
« duit son rôle à partager ses biens, il acquiert le droit de
« le faire en changeant de qualité, et ce changement de
« qualité, la seule insertion de la clause pénale suffit à l'o-
« pérer. »

Nous pensons donc que pour justifier la validité de cette clause pénale, il n'est pas besoin de recourir à la distinction très arbitraire entre les droits conférés dans un intérêt public et ceux conférés dans un intérêt privé. La distinction que nous avons établie entre ceux qui constituent une mesure de précaution prise par le législateur contre l'excès de générosité du disposant et ceux qui n'ont pas ce caractère est suffisante pour le faire et est bien plus exacte et précise.

§ III.

Les copartagés qui, dans le partage que fait leur ascendant de ses biens, éprouvent une lésion de plus du quart, peuvent attaquer ce partage et en demander la nullité. L'ascendant peut-il valablement insérer une clause pénale pour empêcher cette action en rescision ? Peut-il, par exemple, dire qu'il prive de sa part dans la quotité dispo-

(1) Martin, p. 237.

nible celui de ses ascendants qui attaquera son partage pour cause de lésion de plus du quart ?

Cette question ne s'est pas souvent posée devant les tribunaux ; la Cour de Chambéry néanmoins a eu à la résoudre le 8 juillet 1873. Un testateur, après avoir fait le partage de ses biens entre ses deux filles, leur imposait expressément la condition de ne pas attaquer son testament et privait de toute part dans la quotité disponible celle qui l'attaquerait. Malgré cette défense l'une, la dame Fontaine, l'attaqua en se fondant, non seulement sur ce qu'elle éprouvait une lésion de plus du quart, mais encore sur ce qu'elle n'avait pas sa réserve entière. La Cour distingua ces deux motifs, et, tandis qu'elle déclara valable la clause en tant qu'elle défendait d'attaquer un partage renfermant envers l'un des copartagés une lésion de plus du quart, elle la déclara nulle en tant qu'elle avait pour but de faire respecter une disposition contraire à la réserve : « Attendu, dit-elle, que « Joseph Hugonnier a statué que si son testament venait à « être attaqué pour quelque cause que ce fût il privait celle « qui l'attaquerait de toute part dans la quotité disponible « et la donnait par préciput à l'autre fille ; que cette clause « comprend et l'action en rescision et l'action en réduction ; « et que, si d'après la jurisprudence la plus récente la clause « doit être réputée non écrite à l'égard de celle-ci au cas où « la réserve ne serait pas entière, il n'en est pas de même à « l'égard de l'action en rescision qui n'intéresse en aucune « façon l'ordre public. » C'est donc toujours parce que cette clause n'est pas contraire à une loi d'ordre public que les tribunaux en reconnaissent la validité.

Les auteurs au contraire sont divisés, et si les uns admet-

tent la validité de cette clause, les autres au contraire la contestent. D'où vient ce désaccord ? Il provient de la difficulté de savoir si l'action en nullité est un droit conféré dans l'intérêt privé de l'héritier ou au contraire dans un intérêt général. Et c'est ce qui amène M. Bonnet, dans son ouvrage sur les partages d'ascendants (1), à distinguer selon que la lésion provient de l'inégalité de nature des biens partagés ou de l'inégalité de valeur. Dans le premier cas il dit que la clause pénale est valable, pour ce motif qu'on ne peut soutenir que l'obligation d'allotir autant que possible les copartageants avec des biens de même nature, soit d'ordre public. Dans le second cas il se prononce pour la solution contraire, parce qu'alors l'infraction que le disposant veut empêcher d'attaquer tient à l'ordre public et que par suite la clause pénale qui a pour but d'en interdire la demande en nullité, doit être réputée non écrite. « Nous n'hésiterions pas à valider la clause pénale « en question dans le cas de lésion, dit cet auteur, si celle- « ci ne tenait qu'à l'inégalité de nature des biens compris « dans les allotissements. La transaction qu'aurait pour but « d'imposer ici la clause litigieuse serait assurément fort li- « cite. On ne saurait soutenir raisonnablement en effet que « l'obligation d'allotir autant que possible les copartageants « avec des biens de même nature tienne à l'essence même « de l'opération, et qu'il soit interdit aux intéressés de s'en « affranchir. Pareille supposition recevrait un démenti de « l'article 819 du Code civil donnant tout pouvoir aux héri- « tiers majeurs et maîtres de leurs droits de composer leurs

(1) T. 1, n° 393.

« lots suivant leurs convenances, sans s'astreindre au respect de l'article 832. La lésion procède-t-elle au contraire de l'inégalité de valeur, la solution change ; c'est que l'infraction en ce cas n'intéresse plus seulement la nature, mais l'essence même du partage, et tient à l'ordre public. Si donc le partage contenait une lésion de plus du quart, la clause pénale qui aurait pour but d'en prévenir la rescision devrait être réputée sans valeur. Rien n'empêcherait l'enfant lésé de plus du quart de pactiser après l'ouverture de la succession au sujet de cette lésion, de renoncer au bénéfice de l'action réparatrice que lui concède l'article 1079. On n'en saurait conclure qu'il soit permis à l'ascendant de lui imposer pareil sacrifice au moyen d'une clause pénale ; le respect de l'égalité de valeur est, en effet, de ceux qui s'imposent à sa disposition comme une règle essentielle. »

M. Réquier, dans un ouvrage également sur les partages d'ascendants, déclare aussi nulle la clause par laquelle un ascendant interdirait à l'un de ses descendants d'attaquer son partage pour cause de lésion de plus du quart ; il considère que l'ascendant qui agirait ainsi outrepasserait ses droits. « Sans doute, dit-il (1), l'ascendant excéderait ses pouvoirs si par une clause de l'acte il interdisait à ses enfants la faculté d'exercer l'action en rescision quand même l'un d'eux éprouverait une lésion de plus du quart. Lorsqu'il fait un partage il doit se conformer à la règle essentielle de l'égalité. S'il l'a violée, l'acte n'a plus le caractère d'un partage et il ne peut lui en faire produire les

(1) P. 352.

« effets au moyen d'une clause qui forcerait les enfants à
« l'exécuter comme tel, malgré le vice dont il est infecté. »

Nous pensons au contraire que cette clause est parfaitement valable, et cela par suite du caractère du droit qu'a le descendant d'attaquer le partage, parce que ce droit n'est pas une garantie légale imposée contre le disposant. Nous ne contestons pas que l'action en rescision ne présente tous les caractères d'une garantie légale contre l'ascendant, lorsque celui-ci fait le partage pur et simple de ses biens ; mais cela n'a plus lieu lorsqu'il adjoint une clause pénale à ce partage. Par suite de cette clause pénale qui est une disposition conditionnelle, il cesse d'être l'auteur d'un partage proprement dit et devient un disposant ; et, comme le dit M. Bartin, cette garantie de l'action en rescision n'est dirigée contre l'ascendant qu'autant qu'on l'envisage comme auteur d'un partage, mais non comme disposant. Un ascendant peut distribuer ses biens à ses enfants comme il l'entend ; il peut en disposer selon sa volonté, sauf à observer les règles de la réserve ; il n'a donc pas à observer la règle qui prescrit l'égalité dans la valeur des lots ; cette dernière règle n'est pas essentielle et elle ne s'impose pas à la disposition de l'ascendant. Ce qui le prouve c'est qu'il est libre de distribuer inégalement ses biens entre ses descendants et qu'il peut même stipuler que, s'il a commis au préjudice de l'un de ses enfants une lésion de plus du quart, il donne par préciput cette valeur à ceux qui profitent de cette lésion. Cette disposition-ci assurément serait valable, et M. Réquier le reconnaît lui-même : « mais, ajoute-t-il, lorsque l'ascendant pré-
« voyant le cas où l'un des lots se trouverait plus fort que

« les autres, déclare donner à celui qui l'aura l'excédent par
« préciput et hors part, il ne fait qu'user de la faculté que
« la loi lui accorde d'avantager l'un de ses enfants dans les
« limites de la quotité disponible. C'est une donation faite
« par le même acte que le partage, mais qui en est cepen-
« dant distincte. Or, il est incontestable que l'ascendant peut
« faire dans l'acte qui contient le partage une libéralité par
« préciput à l'un de ses enfants. »

Nous ne voyons pas comment M. Réquier peut justifier cette solution en la maintenant avec celle qu'il a donnée précédemment, et qui est complètement opposée. L'une et l'autre dispositions ne sont-elles pas les mêmes ? et quelle différence existe-t-il entre elles ? Aucune, sauf celle de la forme. On ne peut donc pas dire que la clause pénale tendant à faire respecter un partage qui lèse l'un des copartageants de plus du quart, soit nulle. Elle est valable, comme dans le cas précédent, parce que le droit qu'a l'héritier d'attaquer une telle disposition n'est pas une garantie que la loi a donnée à l'héritier contre le disposant.

Tels sont les principaux cas d'application où la clause pénale doit être déclarée valable. Assurément les dispositions multiples et les exigences nombreuses des ascendants qui font le partage de leurs biens ou des testateurs provoquent l'emploi de bien d'autres applications de la clause pénale que l'on devrait reconnaître valables ; mais il nous suffit d'en avoir étudié les principales.

Nous avons ainsi montré l'application de notre principe : chaque fois que le testament ou le partage qui contient une clause pénale ne porte pas atteinte à une garantie légale établie contre le disposant, cette clause pénale

est valable, et l'héritier qui attaque cet acte encourt la peine. Mais, ainsi que nous le verrons, les juges se reconnaissent dans l'application de la peine un grand pouvoir d'appréciation, et par suite, en fait, la plupart des clauses ne produisent pas leur effet.

TITRE II. — Des cas dans lesquels la clause pénale est nulle.

Il nous reste maintenant à examiner les cas où l'on doit déclarer nulle la clause pénale. En les étudiant nous verrons si notre distinction entre les droits qui constituent une mesure de précaution prise par la loi contre le disposant et ceux qui n'ont pas ce caractère, suffit pour justifier ces solutions. Comme nous l'avons dit, en effet, nos solutions sont presque toujours conformes à celles de la jurisprudence ; mais nous les expliquons différemment.

§ I.

Le disposant peut-il, au moyen d'une clause pénale, paralyser entre les mains de ses héritiers l'action en nullité contre une disposition qu'il aurait faite au profit d'une personne déclarée par la loi incapable de recevoir ?

Notre Code a institué un certain nombre de personnes incapables de recevoir ; les unes ne peuvent recevoir aucune libéralité quel que soit le donateur ou le testateur, tels sont les personnes non conçues, les condamnés à une peine afflictive perpétuelle ; les autres, au contraire, ne sont incapables que dans certaines limites et vis-à-vis de certaines personnes, tels sont les médecins et les ministres du culte par rapport aux malades qu'ils traitent ou assistent,

tels sont encore les enfants naturels à l'égard de leurs auteurs. De même sont nulles toutes les dispositions faites à une corporation religieuse non reconnue, ou à des établissements publics même reconnus si le gouvernement ne les a pas autorisés à accepter ces libéralités.

Doit-on déclarer nulle ou au contraire valider la clause pénale par laquelle le disposant défend à son héritier de demander la nullité d'une libéralité faite à un incapable?

Tous les auteurs se prononcent pour la nullité. Les incapacités de recevoir en effet, disent-ils, sont d'ordre public ; les dons faits à ceux qui sont déclarés incapables de recevoir sont donc nuls, et la clause pénale qui tend à les valider est nulle et ne peut produire aucun effet (1) : « Il y a des incapacités de recevoir qui sont d'ordre public », dit M. Laurent, « les corporations religieuses non reconnues sont frappées d'une incapacité absolue et il va sans dire que toute défense d'attaquer des libéralités faites à leur profit serait vaine. »

Nous avons dit dans la section précédente, en exposant les différentes théories émises au sujet de la validité de la clause pénale, pourquoi nous n'admettons pas dans cette question la notion de l'ordre public. Il nous semble, avons-nous dit, que la notion de l'ordre public n'est guère compatible avec la renonciation ou la cession que l'héritier peut faire du droit qu'il a d'attaquer la disposition nulle. Cela s'applique parfaitement au cas que nous examinons ici ; et puisque l'héritier peut renoncer au droit d'attaquer une disposition de ce genre, on ne peut pas dire

(1) Troplong, t. 1, n° 264 ; Demolombe, t. 18, p. 317 ; Laurent, t. 11, n° 476.

que ce droit lui ait été conféré dans un intérêt public.

C'est bien ce que nous semble reconnaître Demolombe malgré ce qu'il dit à la page 317 de son ouvrage sur le Code civil, puisque au n° 592 *bis*, en retraçant les considérations qui ont fait placer sous la surveillance de l'Etat les libéralités énoncées dans l'article 910 du Code civil, et en disant qu'elles sont de deux sortes : celles d'intérêt public et celles d'intérêt privé, il exprime ces dernières en disant « qu'il faut protéger les familles contre les entraînements excessifs et les influences condamnables dont ces dispositions pourraient être le résultat », tandis qu'il cite comme d'intérêt public des raisons de police politique et sociale, et des raisons financières et économiques. Les mesures prises dans l'intérêt des familles sont donc, d'après cet auteur, des mesures qui ne concernent en rien l'intérêt public. Or il est évident que c'est surtout pour protéger la famille du disposant et ses héritiers légitimes, que le législateur a créé la liste des incapables. On ne saurait donc faire intervenir ici la notion de l'ordre public.

Reportons-nous au contraire à la théorie que nous avons admise, et nous dirons : Le droit qu'a dans ce cas l'héritier d'attaquer la disposition nulle du testateur est bien une garantie imposée par la loi contre l'abus que peut faire le disposant de son droit de disposer, et, par suite du caractère de ce droit, il ne peut pas en priver son héritier au moyen d'une clause pénale. Celle-ci est donc nulle.

Les tribunaux ont toujours prononcé la nullité de cette clause (1), mais, comme la majorité des auteurs, par le

(1) Sirey, 1826.1.486 ; Poitiers, 2 juin 1824 ; Grenoble, 14 février 1887.

motif que le droit dont le disposant veut priver son héritier, a été conféré à celui-ci dans un intérêt public.

C'est ainsi que dans un arrêt en date du 14 décembre 1825 et par lequel elle confirme une décision de la Cour de Lyon, la Cour de cassation s'exprime ainsi : « Attendu
« que la prohibition d'attaquer les donations que la testa-
« trice avait faites à l'hospice de Saint-Trivier étant con-
« traire à une loi d'ordre public, devait être considérée
« comme non écrite et rendait l'institution de la veuve Gâ-
« cou pure et simple. Attendu que la dame veuve Gâcon,
« étant instituée héritière universelle, avait la plénitude des
« droits attribués par l'édit de 1769 aux héritiers. Attendu
« que la Cour dont l'arrêt est dénoncé s'est conformée à ces
« principes de droit public et civil. »

A propos de cet arrêt de la Cour de cassation nous nous trouvons amené à parler de la clause par laquelle un testateur, voulant empêcher le gouvernement de réduire au profit de sa famille le legs qu'il fait à des personnes morales, déclare révoquer ce legs s'il ne reçoit pas son exécution entière, et instituer en ce cas un autre héritier. Les tribunaux ont eu à différentes reprises à se prononcer sur la validité de cette clause, et, sous prétexte d'appliquer d'une manière rigoureuse le principe qui veut que soit réputée non écrite comme contraire à l'ordre public la prohibition imposée par un testateur à son héritier d'attaquer une donation faite à un hospice et nulle pour défaut d'autorisation, ils se sont prononcés pour la nullité de cette clause; tels sont les arrêts de la Cour de Paris du 2 août 1861 et de la Cour de Lyon du 29 janvier 1864. Mais la Cour de cassation le 25 mars 1863, statuant dans le même sens que

le tribunal de la Seine, cassa le premier de ces arrêts. « Attendu que ce droit général d'autorisation ou de refus « restait plein et entier dans les mains du gouvernement, et « que la gêne qu'il pouvait éprouver dans l'exercice de ce « droit ne pouvait être un motif légal pour la Cour impé- « riale de Paris d'annuler les dispositions testamentaires « dont il s'agit, régulières en la forme et au fond, et de subs- « tituer, en violation manifeste du droit de tester, à une « succession testamentaire que Lelong avait le droit et la « volonté d'établir, une succession *ab intestat* qu'il était dans « son droit et dans sa volonté de repousser. » La Cour de cassation se prononçait donc pour la validité de cette clause, et par suite elle jugeait, l'hospice ayant été autorisé à accepter le legs seulement pour moitié, que les biens ne devaient pas revenir aux héritiers légitimes, mais bien au légataire universel étranger qui était substitué à l'hospice, puisque la volonté formelle du testateur était d'exhérer ses héritiers légitimes.

Au premier abord il semble que l'on doive donner raison aux premiers juges et à la Cour de cassation. Le testateur, maître de donner ou de ne pas donner, peut apposer à son legs une condition, et c'est ce qu'il fait en disant qu'il veut que ce legs soit accepté pour le tout. Quant à la seconde disposition faite pour le cas où cette condition ne serait pas observée, on ne peut pas en contester la validité car c'est une substitution vulgaire.

Mais pour juger cette question il nous semble que l'on doive, avant tout, bien établir quelle est la volonté du testateur qui stipule une telle clause. Or nous pensons qu'elle ne saurait ici offrir de doute. Ce que veut le testateur c'est

empêcher que l'administration accepte pour partie seulement le legs universel qu'il fait à l'hospice, et quant au legs subsidiaire ce n'est là qu'une disposition accessoire, faite peut-être un peu dans un esprit de libéralité envers le légataire, mais surtout pour décider l'administration à accepter entièrement le legs fait à l'hospice. Comme le disait la Cour de Paris, nous sommes donc bien là en présence d'une clause pénale et non d'une substitution ; et juger ainsi ce n'est certainement pas abuser du droit que l'on a d'interpréter la volonté du testateur, car c'est ce qui résulte des mots mêmes de la disposition du défunt.

Etant admis maintenant ce caractère de clause pénale de la deuxième disposition, nous n'avons pour en examiner la validité qu'à appliquer la règle que nous avons suivie dans les autres cas. Par cette deuxième libéralité le testateur met l'autorité administrative dans l'alternative ou d'accepter l'institution pour le tout ou de la refuser pour le tout ; il lui retire donc le droit qu'elle prétend avoir de l'article 910 du Code civil, et que l'on ne lui conteste pas, d'autoriser pour partie seulement les libéralités faites aux hospices et autres personnes morales (1). Il suffit donc de savoir si ce droit qu'accorde l'article 900 à l'autorité administrative, est d'ordre public, ou plus exactement suivant nous, s'il lui a été accordé comme mesure de précaution contre l'abus que pourrait faire le disposant de son pouvoir de gratifier.

M. Dalloz, dans une longue note écrite au sujet de l'arrêt de cassation que nous avons rapporté, étudie ce point.

(1) Lire note de M. Dalloz qui prouve que ce droit de réduction appartient au gouvernement. Dalloz, 1863.1.14.

Il dit que ce caractère d'ordre public était reconnu dans l'ancien droit à l'édit d'août 1749, et il prouve que ce caractère a passé dans notre droit actuel, ce que reconnaissent du reste de nombreux auteurs (1). Mais si ce droit a été accordé dans l'intérêt public, il a aussi été accordé dans l'intérêt de la famille et des héritiers légitimes du disposant. Comme le disait le tribun Jaubert dans son rapport « au Tribunal : « Les hospices, les pauvres d'une com-
« mune, les établissements d'utilité publique ne pourront
« recevoir qu'en vertu d'une autorisation du gouverne-
« ment. Le zèle et la piété ne doivent pas excéder les
« bornes légitimes. L'intérêt de la société, l'intérêt des fa-
« milles exigeaient cette limitation qui, au reste, sera
« encore plus sage que le fameux édit de 1749 où on ne
« trouvait de dispositions restrictives que sur les immeu-
« bles. »

La loi a donc concédé à l'administration le pouvoir d'accepter ou de refuser pour le tout, et évidemment aussi celui d'accepter partiellement les libéralités faites aux hospices pour mettre un frein à l'excès de générosité du disposant ; ce droit est donc bien une garantie légale contre l'abus qu'il pouvait faire de son pouvoir de disposer. Nous devons donc dire que cette clause pénale est nulle, et que l'administration peut accepter pour moitié le legs qu'elle est chargée d'examiner. Quant à l'autre partie de ce legs, au lieu de revenir dans l'espèce de l'arrêt du 25 mars 1863 au sieur Chagot, elle ira aux héritiers légitimes, car la disposition qui enlève à l'administration le droit de réduire

(1) Coin-Delisle, *Donat. et testament*, p. 109 ; Troplong, *Donat. et testament*, n° 662 ; Demolombe, *op. cit.*

étant nulle, la substitution ou clause pénale qui y est ajoutée doit avoir le même sort.

M. Laurent admet cette solution (1) : « Ces clauses, dit-il, ayant pour objet de forcer la main au gouvernement et d'entraver l'exercice d'un droit qui est d'ordre public, sont par là même frappées de nullité. Il y a dans ce cas deux vices ; le testateur ne peut pas disposer au profit d'un établissement d'utilité publique sous la condition expresse ou tacite que le gouvernement en autorise l'acceptation pour le tout ; il ne peut pas sanctionner cette disposition par une clause qui a le même but, et est, par conséquent, entachée du même vice. »

§ II.

Les auteurs sont d'accord pour décider que la clause pénale est sans effet si la disposition sanctionnée est attaquée pour cause de captation ou de suggestion et que, par suite, les héritiers peuvent agir en dépit de cette clause pénale qui ne produira aucun effet. La suggestion et la captation sont, en effet, disent-ils (2), des vices d'ordre public qui autorisent les héritiers à agir en nullité malgré la clause pénale formulée contre eux en cas d'attaque du testament ; car, s'il y a réellement captation ou suggestion, il y a dol par le fait, et la clause qui servirait à protéger ce dol est contraire à l'ordre public, surtout que ce dol a dépouillé la famille d'un patrimoine auquel elle a droit et qu'il profiterait à ceux qui s'en sont rendus coupables. De plus, la suggestion et la captation empêchent l'exécution de la

(1) T. 11, p. 476.

(2) Laurent, t. 11, p. 622 ; Demolombe, t. 18, p. 318.

volonté libre du testateur ; or la volonté libre du testateur tient aussi à l'ordre public, car cette volonté ne peut se substituer à celle de la loi pour changer l'ordre de succession établi par celle-ci, que si elle n'est entachée d'aucune cause qui altère la liberté du disposant. Ces auteurs s'appuient de plus sur l'autorité de la Cour de cassation qui a décidé qu'une clause pénale dont le but serait d'assurer le maintien d'une libéralité qui est l'œuvre de la captation et de la suggestion, est nulle (1) : « Attendu, dit la Cour, qu'aux « termes de l'article 900, dans toute disposition entre vifs « ou testamentaire, les conditions contraires aux lois ou « aux mœurs seront réputées non écrites ; que tel serait le « caractère d'une clause pénale qui aurait pour but d'assurer l'exécution d'une libéralité qui serait l'œuvre de « la captation ou de la suggestion ; que dès lors, et notwithstanding la clause qui ordonnait aux mineurs d'Heuqueville de respecter les libéralités faites aux époux « Bonaventure sous peine d'être déchus de leurs droits, « l'arrêt attaqué a dû, comme il le fait, déclarer lesdits « mineurs recevables à attaquer ces libéralités comme « n'étant pas l'expression de la volonté libre de la dame « Villain-Lebègue, sauf à voir ultérieurement si cette « clause pénale devait ou non leur être appliquée. »

Nous ne contestons pas la solution des auteurs et de la jurisprudence. Comme eux, nous pensons que toute clause pénale semblable doit être déclarée nulle. On peut en effet, avant tout, dire que dans ce cas on ne méconnaît pas la volonté du testateur ; dès qu'il est prouvé en effet que cette

(1) Cassation, 27 mars 1855, Dalloz, 1855.1.257.

volonté n'est que le résultat de démarches ou de conseils malhonnêtes, il n'y a plus de volonté proprement dite et ce que dit le testateur n'est plus, dans ce cas, l'expression de son désir librement conçu et librement exprimé ; ce n'est plus qu'un vain simulacre de volonté qui ne saurait produire d'effet, puisqu'il est vicié dans son essence. Il n'y a donc rien d'extraordinaire à ce que l'on adopte cette solution.

Mais ce que nous jugeons n'être peut-être pas à l'abri de critique c'est le motif que donnent les auteurs de leur solution, à savoir que la captation et la suggestion sont des vices d'ordre public. Il ne s'agit ici, en effet, que d'intérêts particuliers entre les héritiers et les légataires ou donataires, et nous ne voyons pas en quoi l'ordre public est intéressé à ce que ce soit l'héritier qui soit mis en possession des biens du défunt plutôt que le légataire. Ne peut-on pas, au contraire, justifier cette solution par la théorie que nous avons proposée, et dire que cette clause pénale est nulle parce que le droit que le testateur veut retirer à son héritier est une garantie que la loi a prise contre le testateur. Voulant empêcher, en effet, que celui-ci dispose trop facilement de ses biens en faveur de personnes ne le méritant pas et qui, pour se faire instituer légataires par le disposant, ne craignent pas d'employer des moyens peu honnêtes par lesquels ils capteront sa volonté, la loi a déclaré que tout testament empreint de captation ou de suggestion serait nul. L'action en nullité que l'héritier a le droit d'invoquer dans ce cas est donc bien une garantie que la loi a établie contre le disposant ; le législateur a craint sa faiblesse ou, tout au moins, son manque de réflexion qui l'au-

rait laissé s'impressionner par des attentions intéressées et venant presque toujours de personnes peu estimables.

Mais il convient peut-être de rappeler ici que la clause pénale dans ce cas, comme dans tous ceux où elle tend à faire disparaître une garantie légale, n'est nulle que si l'héritier triomphe dans sa demande, c'est-à-dire ici que si la captation et la suggestion sont prouvées. C'est ce que laisse parfaitement entendre dans sa finale l'arrêt de la Cour de cassation que nous avons rapporté en dernier lieu : « sauf à voir ultérieurement si cette clause pénale « devrait ou non être appliquée » dit la Cour; c'est-à-dire sauf à voir si le testament a vraiment été fait sous l'empire de la captation, ou si au contraire la demande de celui qui attaque le testament pour captation n'est pas fondée et repose sur des faits nullement véridiques et prouvés. C'est ce qu'a également exprimé, et en des termes encore plus précis, la Cour de cassation dans son arrêt du 22 décembre 1845 dont nous nous sommes déjà occupé (1) : « Attendu, dit cet arrêt, que s'il est contraire aux lois ou « à l'ordre public qu'un testament soit l'expression d'une « volonté étrangère à celle du testateur, et qu'en consé- « quence il ne puisse être interdit à des successibles, à « l'aide d'un legs avec clause pénale, de prétendre que « le testament qu'on leur oppose est le résultat de la cap- « tation ou de la suggestion, une décision devenue irréc- « vocable entre les parties a rejeté la demande en nullité « formée par la dame Duquesnel contre le testament de « son oncle, et qu'elle avait principalement fondée sur la

(1) D. 1846.1.7.

« suggestion et la captation. Attendu qu'il suit nécessairement de ce qui a été ainsi jugé que le testament était valable dès l'origine, et qu'il n'avait pas cessé de l'être malgré la contestation dont il était devenu l'objet de la part de la dame Duquesnel ; que dès lors c'est à un acte régulier et dont les dispositions étaient bien l'expression de la volonté de son auteur que s'appliquait la condition avec clause pénale d'en respecter le contenu, et qui ne permettait pas de considérer cette condition comme étant contraire aux lois et à l'ordre public. »

La clause pénale est donc encourue si l'héritier a intenté une action mal fondée, ce qui arrive du reste rarement, car il est facile d'observer que l'existence d'une clause comme celle que nous venons d'étudier est fréquemment l'indice d'un vice quelconque dans le testament, qu'il soit le fruit de la captation ou qu'il contienne une disposition nulle d'un autre genre, comme par exemple faite au profit d'un incapable (1).

Quoi qu'il en soit, et malgré la nullité de cette clause pé-

(1) Une précaution, dit M. Orts, qui est le plus souvent prise par le testateur lorsqu'il dispose en faveur d'incapables, grâce à une interposition de personnes, et qui lui est également suggérée quand son testament est l'œuvre de la captation, ce sont les clauses pénales, clauses d'intimidation, de pression morale, de déchéance et d'appel à la vengeance céleste contre les violateurs éventuels des dispositions frappées de nullité. De là encore les protestations insérées aux mêmes actes qu'ils sont purs de tout vice, oublieux que sont leurs auteurs de ce brocart de droit : *excusatio non petita est accusatio directa*. Ces précautions sont significatives : le testateur qui fait œuvre loyale et juste n'en use pas ; il sait que la loi veille et assure l'exécution de sa volonté. Au testament fait par l'abbé de Sébille au profit des Jésuites de Nivelles on lisait, par exemple : « Si quelque parent voulait faire casser mes présentes dispositions, je l'exclus expressément de tous legs et je le déclare profanateur sacrilège de ma dernière volonté. » V. Orts, *De l'incapacité civile des congrégations religieuses*, p. 298.

nale, on peut dire que ce n'est pas une menace vaine et sans effet, car alors même que les héritiers auraient les plus fortes raisons de croire que le testament du défunt peut être attaqué pour suggestion et captation parce qu'il n'est pas l'expression de la volonté libre de son auteur, ils seront presque toujours arrêtés par la crainte de la clause pénale s'ils ne sont pas certains de pouvoir prouver la captation. Ils préféreront s'abstenir que d'intenter une action peut-être mal fondée qui leur ferait perdre et la succession dont le testateur les a, à leur avis, dépouillés injustement, et les avantages et legs que celui-ci leur a faits dans son testament.

Un des cas les plus fréquents de captation est celui de la captation religieuse, qui offre ceci de particulier qu'elle est exercée moins dans l'intérêt personnel de ceux qui la pratiquent que dans celui de l'Eglise ou d'une association religieuse quelconque. Mais il faut observer que la captation ne suffit pas pour amener les testateurs à disposer au profit des congrégations religieuses. Celles-ci, en effet, ne peuvent recevoir des libéralités que lorsqu'elles constituent des personnes morales et ce, même sous la condition d'être autorisées à recevoir ces libéralités. La captation n'est plus alors qu'un élément accessoire. A elle se joint une autre fraude : l'interposition de personnes (1). Une telle disposition renferme donc deux causes de nullité : la suggestion ou la captation, et l'incapacité du bénéficiaire. Et c'est alors que l'utilité de la clause pénale apparaît plus grande que jamais ; aussi, en fait, le testateur en insère-t-il tou-

(1) V. sur ce point un arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} décembre 1892, D. 93. 2.493.

jours une, afin d'empêcher ses héritiers d'attaquer sa disposition.

Il résulte clairement de ce que nous avons dit précédemment que cette clause pénale est illicite et ne peut produire aucun effet. Au moyen de l'interposition de personnes, le disposant n'a que le but de faire une libéralité à un incapable de recevoir ; or nous avons vu que la clause pénale est nulle lorsqu'elle tend à empêcher l'héritier de demander la nullité d'une disposition nulle pour cette cause. La libéralité, de plus, est infestée de captation, et nous savons également qu'une clause pénale qui tend à empêcher d'attaquer une disposition contenant un tel vice, est de même nulle. Lorsque donc il aura été prouvé, ou que la volonté du testateur a été captée, ou que le légataire n'est qu'une personne interposée cachant un bénéficiaire incapable, les héritiers qui auront demandé la nullité du legs n'encourront pas la peine stipulée pour le cas d'inexécution de la volonté du testateur.

L'affaire de Buch qui vint, il y a une trentaine d'années, devant les tribunaux belges, et qui eut à son époque un grand retentissement, peut être prise comme le type du procès en captation relativement surtout à la captation religieuse, à laquelle se joint presque toujours, comme nous venons de le dire, une autre fraude : l'interposition de personnes. Aussi croyons-nous intéressant de retracer ici ce procès.

Un habitant d'Anvers, Guillaume de Boey, avait institué dans son testament du 5 avril 1849 pour son unique héritier et légataire universel le sieur Valentyns, avocat à Bruxelles, et ne laissait à ses héritiers légitimes, ses sœurs,

neveux et nièces, que des legs peu importants. Il avait terminé son testament par une clause pénale dans laquelle il déclarait que celui de ses légataires qui soulèverait un procès contre son légataire universel, ou attaquerait le testament, serait déchu de son legs, parce que, disait-il, « il prenait à cœur la bonne entente et concorde de sa famille et voulait éviter tous procès et contestations ». De Boey mourut le 25 février 1850. Les légataires particuliers, retenus par la clause pénale, n'osèrent pas attaquer le testament, mais un neveu du défunt, Benoit de Buch, qui n'était pas gratifié, l'attaqua. Le tribunal d'Anvers par un jugement en date du 21 juin 1867 ordonna d'examiner s'il y avait eu captation et personne interposée. Il fut reconnu dans les enquêtes ordonnées par le tribunal que l'avocat Valentyns, le légataire universel, qui était totalement étranger au testateur, n'était qu'une personne interposée chargée de remettre tous les biens de la succession à des incapables, aux Jésuites. On établit, en effet, que le testateur était sous la domination complète des Jésuites et qu'il connaissait à peine Valentyns, qui était l'homme d'affaires de ces derniers et qui, du resté, ne s'était jamais considéré comme le véritable propriétaire des biens de la succession. Valentyns n'était donc bien qu'une personne interposée, et c'était, en réalité, l'ordre des Jésuites que le testateur avait voulu instituer son légataire universel. Il fut reconnu, de plus, que la volonté du testateur avait été captée. On prouva en effet, entre autres faits, que les Jésuites, qui s'étaient introduits dans sa maison et qui, au dire d'un témoin, étaient si nombreux « que les abords de sa maison semblaient comme enveloppés d'une fumée noire », ré-

gnaient en maîtres dans cette maison, qu'ils avaient écarté du testateur les membres de sa famille, et que, pendant les derniers jours de sa maladie, les membres de l'ordre des Jésuites ne le quittèrent plus un instant. Tous ces faits constituaient bien le vice de captation et de suggestion. Le legs universel était donc nul pour ces deux motifs.

Nous avons vu que ces nullités ne pouvaient pas être écartées par une clause pénale ; si donc un des neveux légataires avait intenté une action en nullité contre cette disposition, le tribunal ne lui aurait pas appliqué la clause pénale. Mais, comme nous l'avons dit, il n'en fut pas ainsi. Benoit de Buch, le demandeur, n'était pas légataire, et de plus l'affaire ne fut même pas continuée, car l'héritier du défendeur, celui-ci était en effet décédé pendant l'instance, reconnut le bien fondé de la demande du neveu et rendit aux héritiers légitimes du défunt les biens de la succession.

§ III.

L'article 1001 du Code civil dit que les testaments qui sont faits sans observer les formalités auxquelles ils sont soumis, sont nuls. Alors se pose la question de savoir si le testateur peut empêcher cette action en nullité au moyen d'une clause pénale ?

Nous ne dirons que quelques mots sur cette question parce que, à notre avis, elle ne peut soulever aucune difficulté. Tous les auteurs se prononcent pour la nullité de cette clause pénale pour le motif que la nullité d'un testament qui contient des vices de forme est d'ordre public (1). Le testament, en effet, où les formalités prescrites

(1) V. Laurent, t. 11, p. 629 ; Demolombe, t. 1, n° 285 ; Aubry et Rau, t. 7, p. 295.

par la loi ne sont pas observées, est présumé ne pas être la libre expression de la volonté du testateur, et le désir que celui-ci exprime dans un semblable testament que sa volonté soit respectée, n'a aucune valeur et ne peut pas le valider. En conséquence la clause pénale, qui est l'accessoire de cette défense, ne peut également produire aucun effet ; c'est là une règle d'ordre public.

Nous croyons préférable de justifier autrement cette solution. Ne peut-on pas dire, en effet, que, s'il est incontestable que l'article 1001 prononce la nullité des testaments où ne sont pas observées les formalités prescrites par la loi, parce que ces formalités ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté du testateur et sont ainsi une mesure de protection favorable aux disposants, il est non moins certain qu'il la prononce également parce que ces mêmes formalités ont pour but d'empêcher ces derniers de disposer trop facilement de leurs biens, et de les forcer, s'ils veulent faire une libéralité testamentaire, de s'exprimer clairement, et qu'elles sont ainsi une mesure de précaution prise par la loi contre l'auteur de tout testament. On peut donc dire que, dans ce cas comme dans les précédents, la nullité de la clause pénale provient de ce que le droit qu'elle tend à retirer à l'héritier est une garantie légale contre le disposant.

La Cour de cassation se prononce, de même que les auteurs, pour la nullité de cette clause, mais comme eux, elle le fait parce que la forme des testaments est « de droit public ». Elle a rendu sur ce sujet un arrêt très bien motivé (1) :

(1) 18 janvier 1858, Dalloz, 1858. 1. 24.

« Attendu, dit-elle, que la clause pénale par laquelle
« le testateur, après avoir légué à sa femme l'usufruit de
« tous ses biens, ajoute qu'au cas de contestation de la
« part de ses héritiers il lui lègue en toute propriété tout
« ce dont il peut disposer, n'a rien en soi d'illicite si elle
« n'a pour objet que de protéger contre les critiques mal
« fondées des dispositions de dernière volonté régulières
« en la forme et valables au fond :

« Attendu qu'à la vérité la forme des testaments étant
« de droit public, la volonté du testateur ne peut, en au-
« cun cas, prévaloir contre les dispositions de la loi qui,
« sous peine de nullité, en prescrit la solennité ou les
« conditions intrinsèques de validité d'un tel acte, ni for-
« cer par conséquent les héritiers à respecter un testa-
« ment destitué de toute force légale. Qu'il ne saurait
« donc être interdit aux héritiers, au moyen d'une clause
« pénale, d'attaquer pour vice de forme le testament
« qu'on leur oppose ; qu'ainsi la clause pénale, soit qu'elle
« ait été insérée dans le testament argué de nullité, soit
« qu'elle ait été écrite dans un autre acte ayant une exis-
« tence indépendante et non contestée, est réputée non
« écrite et sans effet à l'égard des héritiers qui, en faisant
« prononcer la nullité du testament, ont usé de leur droit.
« Mais qu'ils exercent cette action à leurs risques et périls,
« et que, lorsque par une décision devenue irrévocable
« leur action a été déclarée mal fondée et téméraire, ils
« doivent alors subir dans toutes ses conséquences la con-
« dition qui, de la part du testateur, avait pour objet de
« prévenir une contestation injuste. » Par ce dernier
membre de phrase la Cour suprême dit, comme nous l'a-

vons rappelé il y a quelques instants, que, même lorsque la clause pénale est nulle par suite du caractère du droit qu'elle tend à retirer à l'héritier, elle est encourue par celui-ci s'il succombe dans sa demande.

§ IV.

Examinons maintenant l'hypothèse où le testateur a apposé une clause pénale à une disposition contenant une substitution.

On sait que le Code civil déclare nulle toute substitution, en ce sens que, non seulement la libéralité est nulle par rapport au substitué, mais qu'elle l'est également par rapport au premier institué, au grevé. On comprend donc l'intérêt qu'a un héritier ou un légataire actionné en délivrance à critiquer la libéralité empreinte de substitution, et à refuser de délivrer la chose au grevé. Le testateur peut-il, au moyen d'une clause pénale, empêcher son héritier ou son légataire de demander la nullité d'une substitution prohibée, en lui infligeant, pour le cas où il ne se conformerait pas à sa volonté, une peine telle que la perte de sa part dans la quotité disponible ou la déchéance du bénéfice de son legs ?

Ici encore on est d'accord pour reconnaître que cette clause pénale est nulle ; les tribunaux ont toujours statué dans ce sens. C'est ainsi que la Cour de Bordeaux par un arrêt en date du 30 juillet 1832 a consacré cette solution en infirmant un jugement de première instance sur lequel elle avait à se prononcer (1).

(1) Sirey, 1833.2.154.

La Cour de Paris s'est également prononcée dans ce sens le 23 décembre 1874 en déclarant nulle la clause pénale par laquelle un testateur, après avoir distribué sa succession entre ses enfants et grevé la totalité de cette succession d'une substitution au profit de ses petits-enfants nés ou à naître, dit qu'il dépouille de toute la quotité disponible ceux des institués qui refuseraient d'exécuter la clause dont il s'agit.

De même que les tribunaux, tous les auteurs déclarent nulle la clause pénale qui tend à valider une substitution prohibée, parce qu'il s'agit d'une prohibition touchant à l'ordre public (1). On ne saurait contester en effet que le Code a défendu les substitutions pour des motifs d'ordre public et d'intérêt général. Le législateur voulait empêcher tous les abus commis dans l'ancien droit sous prétexte du maintien de « l'éclat du nom » ; il voulait surtout empêcher l'inaliénabilité des immeubles et leur mise en dehors du commerce, et il n'est pas douteux que ce soient là des considérations d'ordre général.

Cela suffit-il pour expliquer qu'un testateur ne peut pas violer cette loi au moyen d'une clause pénale ? Nous ne le pensons pas ; l'héritier, en effet, n'est pas obligé d'invoquer la nullité d'une substitution ; pourquoi alors le testateur ne peut-il pas le forcer à renoncer à cette demande en nullité ? Parce que, de même que dans les cas précédents, le droit dont le testateur veut priver son héritier, c'est-à-dire le droit d'attaquer la substitution, constitue une mesure de précaution prise par la loi contre l'auteur de la substi-

(1) Demolombe, p. 283 ; Laurent, t. II, n° 475.

tution. Ce que le législateur veut, c'est que le testateur ne fasse pas de substitution ou de disposition aboutissant au même résultat, et c'est pour cela que la loi a donné à l'héritier le droit d'attaquer toute substitution ; c'est-à-dire que c'est pour retirer au disposant tout espoir d'arriver à l'exécution par équivalent de la substitution. Ce qui le prouve bien à notre avis, c'est la solution de l'article 896 si contraire à ce que disait la loi du 14 novembre 1792. Cette loi, appliquant aux substitutions ce qu'avait décidé celle de 1791 pour les conditions illicites, déclarait que la substitution seule serait nulle, mais non l'institution ; le grevé gardait donc sa libéralité, seul le substitué en était privé. L'article 896, au contraire, décide que les deux dispositions seront nulles, l'institution comme la substitution. Pourquoi cette différence ? C'est uniquement pour empêcher que ne se produise le résultat fâcheux qu'amenait la décision de la loi de 1792. La substitution tombant seule d'après cette loi, le grevé qui conservait sa libéralité transmettait après sa mort le bien légué et grevé de substitution à l'appelé ; il le lui transmettait d'autant plus aisément que ce n'était qu'à sa mort qu'il était tenu de le faire, ce qui le privait donc peu, et qu'il se croyait obligé de se conformer à la dernière volonté de son donateur. Le disposant ne manquait donc pas de faire de substitution lorsqu'il le voulait, puisqu'il savait que sa volonté serait exécutée.

La substitution ainsi exécutée n'était, il est vrai, pas parfaite en droit puisque l'appelé tenait ses droits du grevé et non du disposant, mais elle l'était du moins en fait, et c'était là le but essentiel que recherchait le testateur. C'est

pour éviter ce résultat que le législateur a écrit l'article 896; comme le dit M. Martin, « il a frappé la disposition elle-même avec la substitution qu'elle contient pour ôter au disposant tout espoir que celle-ci pût s'accomplir par équivalent. »

Le droit qu'a l'héritier de demander la nullité de toute substitution lui a été conféré pour empêcher toute exécution par équivalent de la substitution, c'est donc une garantie que la loi a instituée contre l'abus que ferait le disposant de son pouvoir de disposer, et, par suite, la clause pénale qui tend à empêcher l'exercice de ce droit, doit être déclarée nulle.

Il nous semble donc que, même dans ce cas, notre théorie est suffisante pour justifier notre solution. Il faut, du reste, remarquer que lorsque le droit dont le testateur veut priver son héritier a le caractère d'une garantie légale dirigée contre l'auteur de la condition, on peut dire avec une certaine justesse que ce droit ne lui a pas été conféré dans son intérêt privé, mais plutôt pour des raisons d'utilité sociale. C'est ce que semble vouloir dire M. Dalloz qui accepte et juge excellente la théorie de la garantie légale (1).

Nous devons mentionner ici une clause qui a une certaine analogie avec la clause pénale dont nous venons de parler : la clause par laquelle un disposant dit qu'au cas où sa disposition serait attaquée comme contenant une substitution prohibée, il veut que sa libéralité accessoire tombe seule, et que la disposition principale produise son effet comme si elle était pure et simple.

(1) Dalloz, *Supplément*, t. 5, p. 73.

Cette clause est d'une grande utilité ; il est, en effet, très difficile de savoir si telle ou telle disposition constitue une substitution et en a tous les caractères essentiels. Le testateur qui veut surtout priver de sa succession ses héritiers *ab intestat*, peut alors par cette clause empêcher le résultat de l'application de l'article 896 ; il n'a plus à craindre que ses héritiers légitimes soient appelés à recueillir sa succession si sa disposition est contraire à cet article.

Cette clause ressemble beaucoup à une clause pénale ; elle a le même effet : elle retire toute sanction à la prohibition des substitutions établie par l'article 896 puisque, de même que la clause pénale, elle retire tout motif d'attaquer la substitution aux personnes qui peuvent avoir intérêt à le faire. Il semble donc que cette clause constitue une véritable clause pénale, et c'est ce qui a effectivement lieu si, en l'édicant, le testateur a eu seulement pour but d'écarter l'application de l'article 896, c'est-à-dire d'empêcher ses héritiers d'intenter l'action en nullité. Dans ce cas une telle clause est certainement illicite ; on doit sans aucun doute la déclarer nulle.

Mais ce n'est pas là l'hypothèse que nous voulons examiner. Nous supposons que, loin de vouloir se révolter contre l'article 896 et en éviter l'application, le testateur désire seulement assurer le sort de ses biens pour le cas où, à son insu, la disposition qu'il fait offrirait les caractères d'une substitution et serait jugée comme telle.

La clause est-elle encore illicite ?

MM. Aubry et Rau, pour répondre à cette question, ne considèrent que l'effet de cette clause et les raisons d'ordre public sur lesquelles est fondée la prohibition des

substitutions, et disent que, comme on ne peut éluder en fait cette prohibition, cette clause ne cesse pas d'être illícite (1). « En admettant, disent-ils, la validité d'une pareille « clause, les héritiers ou autres personnes chargées de l'ac-
« quissement du legs renfermant substitution n'ayant pas de
« motifs pour l'attaquer, ne l'attaqueraient probablement
« pas. On serait alors placé dans l'alternative, soit de main-
« tenir la disposition avec tous les effets attachés à une vé-
« ritable substitution contrairement à la prohibition de
« l'article 896, soit de réduire la double disposition faite
« par le testateur à une libéralité unique, contrairement
« au vœu de ce dernier qui n'avait prescrit cette réduction
« que pour le cas où sa disposition serait attaquée. »

Demolombe, au contraire, déclare cette clause valable parce que le disposant l'a établie de bonne foi, en raison de son incertitude sur les caractères constitutifs de la substitution, et dans le désir bien plutôt de respecter la prohibition de la loi que dans celui de l'éluder. La jurisprudence suit cette dernière solution, et c'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour de Paris le 3 mars 1820 (2); de même la Cour de cassation le 8 juillet 1834 (3).

« Attendu, dit celle-ci, que pour qu'il y ait substitution
« prohibée, il faut que l'héritier soit chargé de conserver et
« de rendre, et attendu, en fait, qu'on ne rencontre nulle
« part dans le testament dont il s'agit l'expression d'une
« pareille charge; que loin de là, il résulte de ses dispo-
« sitions que l'héritier est constitué seul juge et maître de

(1) T. 6, p. 32.

(2) Sirey, 1820, 2.154.

(3) Dalloz, 1834.1.372.

« transmettre ou de ne pas transmettre les biens héréditaires ; Attendu, au surplus, que le testateur prévoyant le cas où son institution pourrait être critiquée, a levé tous les doutes en ordonnant expressément que le légataire serait le maître de disposer des mêmes biens comme bon lui semblerait, d'où la conséquence que les biens sont demeurés libres et dans le commerce ; qu'ainsi la loi prohibitive des substitutions n'a été violée sous aucun rapport. »

Nous nous rangeons à l'opinion de Demolombe et de la Cour de cassation qui nous semble donner la vraie solution. Une différence importante, en effet, sépare cette clause d'une clause pénale ordinaire ; tandis que par celle-ci le disposant se révolte contre la loi et n'a qu'un désir, celui d'éluder la prescription de l'article 896, par celle-là il se soumet à la loi ; il s'y soumet même avec une grande déférence, puisque par cette clause il dit implicitement qu'il craint de ne pas la respecter, dans le désir qu'il a de s'y conformer. De plus, quand le disposant a inséré dans son testament une semblable clause il n'y a plus, comme le fait remarquer Demolombe, de crainte à avoir, comme dans le cas d'une clause pénale, de violer la volonté du disposant en divisant sa disposition, puisque c'est lui-même qui dit de l'exécuter ainsi dans le cas où la loi s'opposerait à ce qu'elle le soit en entier.

Ajoutons en terminant que la solution contraire serait extrêmement rigoureuse. Comme on le sait, les caractères constitutifs des substitutions sont extrêmement difficiles à déterminer et à reconnaître ; comment alors un disposant peut-il savoir d'une façon précise si sa disposition constitue

ou non une substitution. Il semble donc juste de lui permettre, lorsque, loin de vouloir violer la loi, il déclare qu'il cherche avant tout à la respecter, de dire que si sa disposition offre le caractère d'une substitution, et comme telle est déclarée nulle, il entend éviter l'application de l'article 896.

§ V.

Nous devons nous occuper maintenant d'une hypothèse voisine de celle que nous venons d'examiner : de la clause pénale sanctionnant la défense d'aliéner, ou l'ordre de rester dans l'indivision. Mais, ainsi que nous l'avons vu, la question de la validité de cette clause ne peut donner lieu à des difficultés que si la défense d'aliéner est nulle, car on ne peut pas contester à celui qui fait une disposition valable le pouvoir de sanctionner ses volontés par une peine. La question revient donc à savoir si la défense d'aliéner est illicite : cette question est très controversée.

Si l'on consulte le Code on ne trouve aucune loi, aucun texte qui dise formellement que la clause d'inaliénabilité soit illicite. De nombreuses dispositions, comme celles relatives aux substitutions et celles relatives à l'inaliénabilité dotale, prouvent bien que le législateur réprouve cette clause ; mais nous n'avons sur ce sujet aucun texte précis. On dit néanmoins généralement que la défense d'aliéner est interdite au moins d'une façon implicite par la loi ; et pour le justifier on invoque l'article 6 du Code civil qui dit qu'il est défendu aux particuliers, d'une manière générale, de déroger aux lois d'ordre public ; or, ajoute-t-on, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un texte pour chaque cas, car, comme le dit M. Laurent, aux termes de l'article 1133 la cause est

illicite quand elle est contraire à l'ordre public ; toute condition dérogeant à l'ordre public est donc nulle, et c'est bien le cas de la clause d'inaliénabilité qui est contraire à une loi d'intérêt général, la libre circulation des biens (1). La défense d'aliéner étant nulle, le testateur peut-il empêcher, au moyen d'une clause pénale, son héritier ou son légataire d'invoquer cette nullité ? Nous devons répondre non, parce que le droit qu'a tout propriétaire d'aliéner sa chose est un droit d'ordre public ; il ne pourrait en effet s'en dépouiller par aucun acte juridique, il ne pourrait pas en consentir la renonciation moyennant argent. Ce droit est donc complètement différent du droit qu'a un héritier d'attaquer un testament nul pour un vice quelconque. Au contraire de celui-ci, ce n'est pas un droit pécuniaire sur lequel on puisse contracter et stipuler ; c'est un droit qu'on ne peut pas compromettre, car la faculté d'aliéner est une conséquence de la liberté du travail, c'est un droit naturel, c'est un attribut essentiel de notre personnalité juridique. On peut donc bien dire que c'est un droit d'ordre public, et cette qualité explique qu'aucun testateur ne puisse en priver son héritier au moyen d'une clause pénale.

Mais tous les auteurs ne sont pas d'accord pour dire que la défense d'aliéner est nulle, et les opinions les plus diverses ont été proposées sur ce sujet. Quelques auteurs, comme M. Laurent, pensent, ainsi que nous venons de le dire, que la condition de ne pas aliéner est toujours illicite parce qu'il est de l'intérêt général que la libre circulation

(1) V. dans ce sens arrêt de la Cour de Lyon du 7 avril 1835, D. Répertoire, *Dispositions entre vifs*, n° 179.

des biens ne soit pas entravée et que, l'intérêt privé devant toujours céder devant l'intérêt général, il n'est pas permis à un particulier d'entraver cette libre circulation par des motifs d'intérêt purement privé. D'après cette opinion, nous venons de le dire, la clause pénale sanctionnant la défense d'aliéner serait toujours nulle, puisqu'elle aurait pour résultat soit de rendre le bien inaliénable, soit de rendre le légataire incapable de l'aliéner, et que l'inaliénabilité des biens et la capacité des personnes sont exclusivement d'ordre public. D'autres auteurs, au contraire, ne disent la défense d'aliéner illicite que si elle est absolue et indéfinie, et la déclarent parfaitement valable lorsqu'elle n'est que relative et temporaire et qu'on peut la justifier par un intérêt sérieux tel que l'avantage du disposant, d'un tiers, ou même du bénéficiaire de la libéralité. C'est ce que dit Demolombe (1) « Si nous considérons comme illicite
« la condition de ne pas aliéner lorsqu'elle est absolue et
« indéfinie, notre avis est au contraire qu'il faut la considérer comme licite lorsqu'elle est seulement relative et
« temporaire et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un
« intérêt sérieux. C'est ce qui peut arriver dans trois cas,
« à savoir : lorsqu'elle a pour but de garantir soit l'intérêt
« du disposant, soit l'intérêt d'un tiers, soit même aussi
« l'intérêt du donataire ou du légataire. » Et pour justifier cette distinction cet auteur ajoute que lorsque la condition d'inaliénabilité offre ces caractères elle ne peut nuire en rien à l'ordre public.

Si l'on admet cette opinion on doit décider évidemment que dans ces hypothèses la clause pénale est valable et

(1) T. 418, p. 323.

qu'elle est encourue dès que le légataire a consenti l'aliénation défendue.

M. Bartin, au contraire de M. Demolombe et de la majorité des auteurs, et tout en se prononçant comme eux pour la validité de la clause pénale lorsque la défense d'aliéner est faite dans l'intérêt du disposant ou dans celui d'un tiers, prétend que la clause pénale est nulle lorsqu'il s'agit de l'intérêt du gratifié. Et voici le motif qu'il donne de cette nouvelle distinction : toute clause défendant d'aliéner ne peut être valable que lorsque le légataire, en acceptant la défense d'aliéner qui lui est imposée, ne fait qu'user de son droit de disposition, ce qui arrive lorsque cette défense est faite dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers ; il n'en est pas de même lorsqu'elle est édictée dans l'intérêt du gratifié, puisque dans ce dernier cas le disposant veut aller contre la faculté d'aliéner de son bénéficiaire et la lui retirer. Il exprime cette dernière idée de la façon suivante (1) : « Je frappe au contraire, sans hésiter ni « distinguer, l'hypothèse où la défense d'aliéner répond au « seul intérêt du gratifié ; car dans ces termes, l'intention « qui la dicte est toujours et fatalement illicite. Le disposant veut protéger le gratifié contre la faculté d'aliéner « que celui-ci tient de la loi, ce n'est donc pas une manifestation de cette faculté qu'il lui demande en lui imposant d'y renoncer, puisqu'il le juge précisément trop faible pour la manifester avec sagesse et pour en user à « propos. Il est plus exact de dire qu'il se défie d'elle et « cherche à la paralyser. »

Il est extrêmement difficile de se prononcer sur les

(1) Bartin, p. 180.

limites que l'on doit observer pour déclarer valable la défense d'aliéner ; si d'un côté, en effet, on ne peut pas sans grands inconvénients déclarer nulle toute espèce d'interdiction de disposer d'un bien, il est très délicat de déterminer avec précision la limite de ces restrictions, et de ne pas tomber dans l'arbitraire sans ne plus respecter alors aucune règle.

La jurisprudence admet de nombreux tempéraments à la règle qui déclare nulle toute défense d'aliéner, et, d'après ses diverses solutions, on peut penser que M. Demolombe n'a fait que les ériger en système lorsqu'il fait les distinctions que nous avons rappelées. Si les tribunaux, en effet, ont jugé qu'étaient nulles la clause d'un testament portant que les biens légués ne pourront jamais être aliénés (1), celle qui défend aux héritiers d'administrer, d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la succession pendant quarante ans (2), et celle qui interdit aux légataires de vendre les biens du défunt jusqu'à ce qu'ils soient tous majeurs (3), ils ont admis la validité d'autres clauses d'inaliénabilité insérées celles-là dans l'intérêt ou du disposant, ou d'un tiers ou du gratifié. C'est ainsi qu'en premier lieu ils reconnaissent la validité de la condition de ne pas aliéner lorsque le disposant l'a insérée dans son propre intérêt : ce qui peut avoir lieu lorsqu'il a voulu se garantir un droit de retour à son profit (4) ou lorsque, pour éviter toute difficulté avec

(1) Cassation, 19 mars 1877, D. 79.1.455 ; Douai, 23 juin 1851, D. 52.2.245 ; Alger, 20 janvier 1879, D. 79.2.143.

(2) Lyon, 7 avril 1835, D. Répertoire, t. 16, p. 79.

(3) Paris, 11 mars 1836, D. Répertoire, t. 16, p. 179.

(4) Cassation, 20 avril 1858, Sirey, 58.1.589 et Angers, 18 décembre 1878, D. 79.2.172.

ses donataires, il dit qu'ils ne pourront pas aliéner les biens qu'il leur donne mais dont il se réserve l'usufruit (1). Bornons-nous à rappeler un arrêt de la Cour de cassation en date du 27 juillet 1863. Il s'agissait d'une donation faite par les époux Douillet à leurs enfants sous réserve d'usufruit et avec défense pour les donataires, tant que durerait l'usufruit des donateurs, d'aliéner les biens donnés. L'un des donataires fit faillite, et le syndic de cette faillite assigna les parents donateurs pour voir déclarer nulle, comme contraire à la loi et à l'ordre public, la clause d'inaliénabilité qu'ils avaient insérée dans leur donation. Un jugement du tribunal de Dinan, rendu le 28 décembre 1861, donna raison au syndic et prononça la nullité de cette clause ; mais ce jugement fut infirmé par la Cour de Rennes le 22 mars 1862, et, sur le pourvoi qu'intenta le syndic contre cette décision de la cour, la Cour de Cassation en le rejetant rendit l'arrêt suivant : « Attendu que si l'interdiction
« absolue d'aliéner l'immeuble légué ou donné, imposée à
« toujours par le testateur ou le donateur, doit être réputée
« non écrite comme contraire aux principes sur lesquels repose la propriété, il en est autrement de l'interdiction temporaire que, dans son intérêt, le père donateur avec réserve
« d'usufruit impose à son fils donataire, soit pour en assurer la jouissance, soit pour faciliter l'exercice du droit
« de retour qui peut s'ouvrir pour lui ; qu'aucune loi ne
« prohibe la stipulation d'une pareille clause. » Remarquons que la même solution s'imposerait, comme le disent Demolombe et MM. Aubry et Rau, s'il s'agissait d'un droit

• (1) Grenoble, 25 janvier 1860, Sirey, 1860. 2.477 ; Cassation, 27 juillet 1863, Sirey, 63.1.465.

d'usage ou d'habitation, ou du service d'une rente payable sur les revenus que produit la chose donnée.

En deuxième lieu les tribunaux admettent que la défense d'aliéner est valable lorsqu'elle a pour cause l'intérêt d'un tiers. De même, disent-ils, que le disposant peut garantir par la clause de l'inaliénabilité temporaire ses propres intérêts, il peut ainsi sauvegarder ceux d'un tiers (1). C'est ainsi que la Cour de cassation le 12 juillet 1865 a déclaré valable la clause par laquelle le testateur, en chargeant son légataire de payer une rente viagère à un tiers, lui interdit d'aliéner les immeubles légués pendant la vie du crédi-rentier afin de garantir à celui-ci le service de sa rente. La Cour de Douai avait eu à se prononcer sur la validité de cette clause et l'avait admise par un arrêt du 27 avril 1864 ; et c'est sur le pourvoi intenté contre cet arrêt que la Cour de cassation sanctionna cette solution de sa haute autorité.

Entroisièmeliu enfin, les tribunaux considèrent comme valable la défense d'aliéner lorsqu'elle est édictée dans l'intérêt du gratifié lui-même. C'est ce qui peut arriver lorsque le disposant, craignant l'inexpérience de son donataire, lui interdit de vendre les biens qu'il lui donne jusqu'à ce qu'il atteigne tel ou tel âge (2). La Cour de cassation a même décidé que le donateur pouvait lui interdire pour toujours d'aliéner ce qu'il lui donne (3). Et la Cour de Paris, dans un arrêt du 16 février 1859, a jugé valable la

(1) Cassation, 9 mars 1868, Dalloz, 1868.1.309 ; Cassation, 12 juillet 1865, Dalloz, 1865.1.475 ; Douai, 27 avril 1864, Dalloz, 1864.2.89.

(2) Cassation, 11 juillet 1877, Dalloz, 1878.1.62.

(3) 7 février 1831, Dalloz, 1831.1.79.

clause ordonnant que les choses données soient inaliénables ou incessibles jusqu'au mariage du donataire (1).

Dans tous ces cas les clauses pénales qui seraient jointes à ces dispositions devraient être déclarées valables ; dans ceux au contraire où, par suite du manque d'intérêt ou d'un tiers, ou du donateur, ou du donataire, les tribunaux se prononcent pour la nullité de la défense d'aliéner, ils devraient déclarer illicite la clause pénale qui y serait ajoutée, parce que, ainsi que nous l'avons vu, le droit d'aliéner est un droit d'ordre public.

§ VI.

Nous arrivons maintenant à l'examen d'un des cas d'application les plus fréquents de la clause pénale et de certainement le plus important de tous à cause de l'intérêt considérable qu'il y a à déclarer alors la clause pénale licite ou illicite : celui où le testateur défend à son héritier de demander la nullité de son testament pour atteinte portée à sa réserve, et lui inflige une peine pour le cas où il ne se conformerait pas à sa volonté. L'étude de cette question nous montrera plus encore que celle des précédentes le côté defectueux de la théorie de l'option, et même de la théorie qui, dans l'étude des conditions qui tendent à provoquer l'abdication d'un droit privé, distingue selon que ces droits ont été conférés dans un intérêt privé ou dans un intérêt général.

Un testateur peut porter atteinte à la réserve de son héritier de diverses manières. L'hypothèse la plus ordinaire

(1) Sirey, 1860.2.186.

est celle où le testateur laisse à son héritier réservataire l'usufruit de tous ses biens et à un tiers la nue propriété de ces mêmes biens. Mais ce n'est pas la seule et en voici deux autres assez fréquentes :

Le testateur peut d'abord en partageant ses biens entre ses enfants se reconnaître débiteur de l'un pour une somme supérieure à la quotité disponible, alors que cet enfant n'est nullement son créancier. Il peut en second lieu, après avoir légué par préciput la quotité disponible à l'un de ses enfants, partager ses biens entre cet enfant et ceux qu'il exhérède en faisant subir à ces derniers une lésion quelconque ; dans ce cas, même si la lésion est inférieure à un quart, l'enfant avantagé, donataire de la quotité disponible, reçoit un avantage plus grand que la loi le permet.

Supposons maintenant que, dans l'un quelconque de ces cas, l'ascendant ait stipulé une clause pénale contre celui qui attaquerait ses dispositions. Cette clause pénale tend à priver l'héritier réservataire lésé de son action en nullité pour atteinte à la réserve. Cette clause pénale est-elle valable ?

Il semble que les partisans de la théorie de l'option ne puissent être arrêtés par aucune hésitation. Comme nous l'avons déjà dit, en effet, deux droits sont en présence : le droit pour l'héritier de réclamer sa réserve, et le droit pour l'ascendant de disposer de sa quotité disponible. Celui-ci est maître de son disponible ; il peut en priver son héritier et, par suite, le forcer à choisir entre ce disponible et sa réserve, tout aussi bien que celui-là, libre de prendre le parti qu'il préfère, peut, s'il le juge à propos, attaquer la libéralité de son ascendant pour atteinte portée à sa ré-

serve. Ce dernier est bien dans l'alternative ou d'exécuter l'acte de son ascendant tel qu'il est, ou de réclamer sa réserve et de s'en contenter ; l'option est donc parfaite et licite.

Les tribunaux à plusieurs reprises l'ont ainsi jugé. C'est ainsi que les Cours de Dijon et d'Orléans (1) dans des arrêts dont nous nous sommes déjà occupé et sur lesquels il n'est pas besoin de revenir, ont essayé d'écarter complètement l'idée d'une clause pénale tendant à empêcher l'action en nullité pour atteinte à la réserve, en jugeant que cette privation conditionnelle de la quotité disponible crée simplement au profit de l'héritier réservataire une option à faire par lui entre l'exécution du testament et la réduction de sa part à la réserve. Cette idée de l'option avait été déjà appliquée par la Cour de cassation dans un arrêt qu'elle a rendu le 7 juin 1831 et par lequel elle a décidé que la clause par laquelle un père lègue à sa fille l'usufruit de la quotité disponible sous la condition de ne point aliéner sa réserve, ne constitue qu'une option très licite (2). « Attendu, disait la Cour, « que le sieur Ricci léguant à la dame Belot, sa fille, la portion disponible de ses biens dont il pouvait la priver entièrement en donnant cette portion à un étranger, a eu le « droit d'imposer à ce legs telle charge ou condition qu'il a « voulu, et que la dame Belot, de son côté, a pu s'exempter « d'accomplir la condition en renonçant au legs de la portion disponible. D'où il suit qu'elle n'a point été soumise « à une prohibition absolue d'aliéner la réserve légale, ce

(1) 8 mars 1861 et 5 février 1870, Dalloz, 1863.1.37 et 1870.2.49.

(2) Sirey, 1831.1.77.

« qui serait contraire à la loi, mais à la nécessité de faire
« une option qui n'a rien que de licite. »

Mais ainsi que nous l'avons vu en étudiant la théorie, on ne doit pas admettre cette idée de l'option. Ne pourrions-nous pas ajouter à ce que nous disions alors, que c'est cela qu'exprimait le rapporteur de Cassini dans ses conclusions sur l'affaire qui a amené l'arrêt que nous venons de rappeler, lorsqu'il disait : « Sanctionner la prohibition
« de l'aliénation de la réserve légale, n'est-ce pas la sou-
« mettre à la substitution qui ne peut légalement atteindre
« que la portion disponible ? et sanctionner cette prohibition
« par une sorte de clause pénale, par la privation d'un
« bienfait au cas où elle serait enfreinte, n'est-ce pas un
« moyen indirect d'éluder la loi qui ne reconnaît point une
« pareille prohibition ? Or peut-on faire indirectement ce
« qu'on ne pourrait pas faire directement ? Assurément un
« père ne peut pas directement, et par une disposition pure et
« simple, frapper d'inaliénabilité la réserve légale ; il y par-
« vient indirectement s'il lui est permis d'en faire la condi-
« tion *sine qua non* d'une libéralité importante. On répond à
« cela que rien n'obligeait le père à faire cette libéralité et
« que la fille peut, en y renonçant, conserver son droit
« d'aliéner la réserve légale. Sans doute, mais cela ne ré-
« sout pas la question. En effet, supposons qu'au lieu d'im-
« poser à sa fille la condition de ne pas aliéner la réserve
« légale, le sieur Ricci lui ait imposé celle de changer de re-
« ligion. Assurément cette condition contraire aux bonnes
« mœurs serait réputée non écrite, et, la fille se refusant
« à l'exécuter, n'en recueillerait pas moins la libéralité.
« Cependant on pourrait dire de même que rien n'obligeait

« le père à donner à sa fille la portion disponible et que la
 « fille peut, en y renonçant, conserver sa liberté de cons-
 « cience. Toute la question, je le répète, se réduit donc ici
 « à savoir si la condition de ne pas aliéner la réserve légale,
 « et de la substituer ainsi indirectement par une voie dé-
 « tournée, est contraire à la loi. C'est ce que la Cour exa-
 « minera dans sa sagesse. »

Ajoutons que la jurisprudence a refusé d'entrer dans cette voie qui découle de la théorie de l'option, et qui consiste à valider toute clause pénale tendant à empêcher d'intenter une action en nullité contre un testament portant atteinte à la réserve. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Dijon du 8 mars 1861 a été cassé par la Cour de cassation le 9 décembre 1862 (1). « Attendu, dit la Cour su-
 « prême, que si le testateur peut garantir par une clause
 « pénale l'exécution de ses dernières volontés, ce n'est
 « qu'autant qu'elles ne sont pas contraires à la loi. Que
 « cette clause est réputée non écrite quand elle couvre une
 « illégalité; que notamment le légataire peut, sans encourir
 « la peine stipulée, prétendre que la disposition que le tes-
 « tateur lui défend d'attaquer porte atteinte à sa réserve...
 « Que la privation de la quotité disponible prononcée pour
 « ce cas avait tous les caractères d'une peine pure et simple,
 « et non pas ceux d'une disposition conditionnelle subor-
 « donnée à une option à faire par le légitimaire, qui se serait
 « trouvé placé dans une alternative dont les deux termes
 « n'auraient eu rien de contraire à la loi etc. — » Depuis,
 la Cour de Paris a également rejeté cette théorie de l'option

(1) Dalloz, 1863. 1. 36.

(arrêt du 17 mars 1877), et sa décision a reçu la consécration de la chambre des requêtes le 6 mai 1878 (1). « At-
« tendu, dit cette dernière, que les juges du fond ont reconnu
« que la clause pénale par laquelle le sieur Lallemand a dit
« léguer éventuellement à ses petits-enfants la plus forte
« quotité disponible ne se réduit pas à une simple option,
« mais qu'elle constitue une véritable peine testamentaire. »

A défaut de cette idée d'option qui aurait pour résultat de valider dans tous les cas la clause pénale, les auteurs ont dit avec raison que, pour en rechercher les cas de validité, il fallait examiner la nature du droit que le disposant cherche à retirer au bénéficiaire de sa disposition, et que la clause pénale n'est valable que lorsque ce droit ne lui a été conféré que dans son intérêt privé, tandis qu'elle est nulle au contraire lorsqu'il lui a été conféré dans un intérêt public.

Appliquant alors cette distinction à notre hypothèse, ils ont décidé que, comme la réserve est un droit d'ordre public, toute clause pénale serait nulle qui tendrait à en priver l'héritier. Les règles qui concernent la réserve, ont-ils dit, sont certainement d'ordre public, car la réserve a été établie dans l'intérêt supérieur de la conservation des familles, ce qui est un intérêt social, puisqu'il n'y a pas de société sans famille. « Si le législateur », dit M. Laurent (2), « ne permet pas au père de famille de disposer de
« tous ses biens quand il laisse des enfants, c'est qu'il a des
« droits à remplir envers ceux auxquels il a donné la vie ;
« or tout devoir qui incombe au père comme tel est d'ordre

(1) Dalloz, 1880. 1. 345.

(2) T. II, n° 179.

« public. C'est encore pour la conservation des familles
« que le législateur a établi des réserves, et certes c'est là
« le plus grand des intérêts sociaux puisqu'il n'y a pas
« de société sans famille. Donc la réserve est à tous égards
« d'intérêt général, et par suite la clause pénale qui ten-
« drait à priver un enfant de sa réserve ou à la réduire,
« est contraire aux lois et comme telle réputée non écrite. »

La jurisprudence est également fixée dans ce sens, et, si quelques arrêts ont admis la théorie de l'option et validé cette clause, ils ne sont qu'une infime exception à côté du nombre imposant d'arrêts qui se sont ralliés à la théorie émise par M. Laurent, et dont voici les principaux : Caen, 15 juin 1863, Sirey, 1864, 2, 292 ; — Bordeaux, 9 juin 1863 et Cassation, 14 mars 1866, Sirey, 1866, 1, 353 et Dalloz, 1866, 1, 173 ; — Cassation, 7 juillet 1868, Sirey, 1869, 1, 125 ; — Cassation, 31 mars 1869, Dalloz, 1869, 1, 521 ; — Chambéry, 8 juillet 1873, Sirey, 1874, 2, 12 et Dalloz, 1874, 2, 198 ; — Cassation, 22 juillet 1874, Sirey, 1874, 1, 479 et Dalloz, 1875, 1, 453 ; — Caen, 27 février 1878, Sirey, 1880, 1, 399 ; — Paris, 17 mars 1877, Sirey, 1877, 2, 167 ; — Cour de Paris, 14 novembre 1894, Dalloz, 1895, 2, 116. Nous nous bornons à citer l'un de ces arrêts, celui de la Cour de cassation du 22 juillet 1874, qui dit en termes très clairs que le testateur n'a le droit d'assurer l'exécution de ses dispositions au moyen d'une clause pénale que lorsqu'elles sont licites ou ne touchent qu'à des intérêts privés, et qu'en conséquence l'enfant qui se prétend lésé peut attaquer le partage comme portant atteinte à la réserve, sans encourir la peine si la réserve est effectivement entamée par le partage : « Attendu, dit

« la Cour, que si tout testateur peut valablement, pour
« mieux assurer l'exécution de ses dispositions testamen-
« taires, apporter telle condition ou clause pénale qu'il lui
« convient, ce n'est que dans le cas où ces dispositions ont
« un caractère licite et ne touchent qu'à des intérêts pri-
« vés. Qu'il n'en a pas le droit lorsqu'elles sont contraires
« aux prohibitions de la loi ou à l'ordre public. Que par
« application de l'article 900 du Code civil la condition ou
« clause pénale doit alors être réputée non écrite, qu'il en
« est ainsi notamment lorsque, comme dans l'espèce, le
« testateur, après avoir fait le partage de ses biens entre
« ses deux filles, déclare que, si, malgré sa défense, son
« testament vient à être attaqué pour quelque cause que ce
« soit, il prive de toute sa part dans la quotité disponible
« celle qui l'attaquera et lègue par préciput cette même
« quotité à celle qui respectera ses dispositions. Que la fille
« qui se prétend lésée peut attaquer le partage comme por-
« tant atteinte à sa réserve sans encourir la peine stipulée,
« s'il est établi qu'effectivement sa réserve est entamée par
« les dispositions du père de famille. Que le droit à la ré-
« serve est, en effet, un droit que l'enfant tient de la loi elle-
« même. Que le testateur, obligé de la respecter, ne peut en
« empêcher l'exercice au moyen d'une clause pénale qui
« aurait pour but de maintenir les atteintes qu'il y aurait
« portées etc.... »

Les décisions de la jurisprudence et de M. Laurent reposent donc sur ce que la réserve est un droit d'ordre public, et que par suite le droit qu'a l'héritier réservataire de demander la nullité de toute disposition portant atteinte à sa réserve, lui a été conféré dans un intérêt public.

Mais cette assertion est contestée, et avec raison selon nous, par quelques auteurs, comme Demolombe (1), qui sont alors obligés de déclarer valables toutes clauses pénales dont le but est d'empêcher l'héritier d'attaquer un acte qui porte atteinte à sa réserve, puisqu'ils admettent que, pour se prononcer sur la nullité ou sur la validité des cas d'application de la clause pénale, il faut distinguer entre les nullités d'ordre public et celles d'intérêt privé. « L'ascendant », dit Demolombe (2), a mis pour condition « au partage qu'il a fait entre ses enfants que, si l'un « d'eux l'attaquait pour quelque cause que ce fût, il lé- « guait à ses autres enfants par préciput la quotité dis- « ponible. Donc chacun des enfants se trouve, par l'effet « du partage, placé dans cette alternative, soit de l'exé- « cuter tel qu'il a été fait par l'ascendant, soit de réclamer « sa réserve et de s'en contenter. C'est que, en effet, la « disposition faite par l'ascendant est indivisible, et nous « ne croyons pas qu'il y ait rien de contraire à l'ordre pu- « blic dans cette libre option qui est déferée à l'enfant entre « deux partis où il ne s'agit que de son intérêt privé. »

Cet auteur justifie son opinion par deux considérations qu'il qualifie de très puissantes, à savoir : en premier lieu que l'on respecte ainsi la volonté du testateur qui a surtout voulu éviter toutes les chicanes qu'amènerait inévitablement la fixation de la réserve, et en deuxième lieu que le testateur a le droit incontestable de réduire son héritier à la réserve dès qu'il ne touche pas à l'ordre public,

(1) Voir dans le même sens Simon (thèse), t. IV, 1887, p. 242.

(2) Demolombe, t. 23, p. 61.

ce qui a lieu ici puisqu'il ne s'agit que de l'intérêt particulier de l'héritier.

Les partisans de l'opinion de Demolombe donnent pour la justifier encore un autre argument qu'ils tirent de l'article 917 (1). Nous savons que le moyen employé le plus fréquemment par le disposant pour porter atteinte à la réserve de son héritier consiste à lui donner l'usufruit de tous ses biens et à en léguer la nue propriété à un tiers. Comment, dit-on, ne pas reconnaître que l'ascendant puisse sanctionner cette disposition par une clause pénale puisque l'article 917, prévoyant une hypothèse presque semblable (celle où le disposant laisse à son héritier réservataire la nue propriété de tous ses biens et l'usufruit à un tiers), dit que l'héritier peut choisir entre l'abandon de la quotité disponible et l'exécution de la disposition telle que l'a faite le testateur. En écrivant cet article comme interprétation de la volonté du testateur, le législateur a déclaré valable l'option à faire par l'héritier entre ces deux partis ; n'est-ce pas indiquer clairement qu'il en est de même de l'option que doit exercer, dans notre hypothèse, l'héritier entre l'usufruit de tous les biens du défunt et sa réserve telle que l'a instituée la loi, option qui ne diffère de celle de l'article 917 que par son objet. « Si le législateur de notre Code, dit Demolombe, n'a textuellement prévu dans l'article 917 que le cas où le défunt a récompensé l'héritier réservataire en nue propriété de ce qu'il lui enlevait en usufruit, c'est que cette hypothèse est en effet la plus ordinaire, *id quod plerumque fit*; mais cet article n'en a pas moins nécessairement tranché

(1) Simon, *op. cit.*, p. 248 ; Demolombe, t. 19, n° 495.

« du même coup l'autre hypothèse où le défunt a récom-
« pensé l'héritier réservataire en usufruit de ce qu'il lui en-
« levait en nue propriété. » N'est-ce déjà pas beaucoup que
pour deux hypothèses semblables la distinction suivante
s'impose, à savoir que dans le cas prévu par l'article 917
le législateur suppose que le disposant a voulu instituer
cette option sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit formu-
lée, tandis que dans le cas d'une récompense en usufruit
le disposant doit formellement exprimer sa volonté à cet
égard. Demolombe va même jusqu'à nier cette différence
et pense que l'option entre l'usufruit de la quotité dispo-
nible et la réserve doit être sous-entendue dans la dispo-
sition en question tout comme elle l'est dans celle dont
parle l'article 917 (1).

Il est toutefois un cas où cet auteur déclare nulle la
clause pénale tendant à valider une disposition contraire
à la réserve, c'est celui où l'acte de disposition du testa-
teur a pour but de dissimuler et d'amoindrir les éléments
de la masse sur laquelle on calcule, à la mort du dispo-
sant, la réserve et la quotité disponible. Dans cette hypo-
thèse, en effet, le but du disposant n'est pas de conférer une
certaine option à son héritier mais bien de le dépouiller
de sa réserve, et par conséquent la clause pénale par la-
quelle il voudrait empêcher son héritier d'attaquer cette
disposition, serait nulle. Les tribunaux, de même, n'ont
jamais hésité à se prononcer dans ce sens ; c'est ainsi que
nous trouvons un arrêt de la Cour de Paris en date du
28 janvier 1853 prononçant la nullité d'une clause pénale
édictée par un père de famille contre son fils pour le cas

(1) Demolombe, t. 19, p. 484, n° 466.

où celui-ci contesterait les déclarations qu'il faisait dans son testament, et par lesquelles il se déclarait créancier de son fils d'une certaine somme et débiteur envers sa fille d'une autre somme également importante. « Attendu, dit « la Cour, que cette clause présente un caractère de véri-
« table illégalité puisqu'elle tend à punir un héritier de
« sa réserve légale ; qu'elle peut être appréciée plus sévè-
« rement encore, car elle ne laisse à cet héritier que le
« choix ou d'une exhérédation complète par sa soumis-
« sion aux volontés du testateur ou d'une réduction de
« ses droits à sa réserve légale, par le seul effet d'une
« réclamation légitime contre des affirmations dénuées de
« fondement ; que, quelque absolue que soit la faculté
« accordée au testateur de disposer d'une partie de ses
« biens au préjudice de ses héritiers ou de l'un d'eux, il
« ne saurait lui être permis d'en faire usage dans le seul
« but de sanctionner des dispositions directement et mani-
« festement contraires à la règle de l'égalité des partages
« héréditaires, laquelle est d'ordre public, et de punir un
« héritier dont l'unique tort serait de n'avoir pas consenti
« à se laisser dépouiller de sa réserve légale ; qu'à tous
« ces titres la disposition testamentaire dont il s'agit
« ne peut recevoir effet et doit être réputée non écrite (1). »

Nous reviendrons dans quelques instants sur le caractère d'ordre public que Demolombe conteste à la réserve ; mais nous voulons auparavant montrer pourquoi l'on ne doit pas déclarer valable, comme il le fait, la clause pénale sanctionnant une atteinte à la réserve.

(1) Dalloz, 1855.2, 40.

En premier lieu quant aux deux considérations qui arrêtent Demolombe dans le désir qu'il a d'adopter une solution conforme aux décisions de la jurisprudence, nous pensons qu'elles ne sont pas d'une si grande importance. Assurément il serait à désirer que les dernières volontés du testateur fussent toujours exécutées : or, dans l'espèce, c'est bien toutes demandes et contestations contre son testament que le testateur veut empêcher. Mais est-ce là une raison suffisante pour valider une clause qui défend d'attaquer une disposition portant atteinte à la réserve d'un héritier ? Non, car s'il en était ainsi le disposant n'aurait plus qu'à exprimer le désir que son héritier ou légataire accomplisse un acte illicite pour que celui-ci ne respecte plus aucune loi. Quant à la seconde considération, à savoir que l'ascendant peut réduire par n'importe quelle disposition son héritier à la réserve s'il ne touche pas à l'ordre public, elle ne saurait nous arrêter par suite de l'idée de garantie légale que nous avons adoptée pour expliquer nos solutions. Nous ne nous arrêtons donc pas à ces deux considérations.

Examinons maintenant l'argument d'analogie que l'on tire de l'article 917 du Code civil pour dire que la clause pénale relative à une disposition contraire à la réserve est valable.

Doit-on admettre ou rejeter au contraire l'analogie entre là le cas prévu par l'article 917 et notre hypothèse ? C'est là célèbre question si souvent discutée de savoir si un père peut récompenser son fils en usufruit de ce qu'il lui ôte de sa réserve en propriété, ou le récompenser en propriété de ce qu'il lui ôte en usufruit. Peut-être n'est-

il pas inutile de faire rapidement l'historique de cette question.

Elle s'était posée dans notre ancien droit, aussi bien dans les pays de coutume que dans les pays de droit écrit, au sujet de la réserve coutumière et de la légitime, et l'on avait décidé que l'option déferée par le défunt en termes exprès à son héritier entre l'exécution pure et simple de sa disposition et la réduction à la réserve ou à la légitime, était valable ; on l'avait décidé ainsi sans distinguer entre le cas où la libéralité faite par le défunt au tiers était en usufruit, et celui où elle était en nue propriété. L'héritier devait donc opter entre sa réserve ou sa légitime et l'exécution pure et simple de la disposition du défunt ; et, au cas où il prenait le premier parti, il ne pouvait pas garder avec sa réserve ou sa légitime l'excédent qu'il avait reçu en usufruit ou en nue propriété de la disposition du défunt.

Si l'on était à peu près d'accord lorsque le disposant avait expressément formulé cette option, il n'en était pas de même dans le cas contraire, lorsque le disposant ne s'était nullement expliqué à cet égard ; et trois opinions comptaient des partisans aussi convaincus les uns que les autres :

Certains auteurs pensaient que l'héritier n'avait aucun droit de contester de telles dispositions, et devait respecter purement et simplement la volonté du défunt dès que celui-ci le récompensait de ce qu'il lui retirait, qu'il le récompensât en usufruit de ce qu'il lui retirait en propriété, ou au contraire en propriété de ce qu'il lui retirait en usufruit. L'héritier n'avait donc à faire aucune option.

il devait suivre à la lettre la disposition du défunt. Mais cette solution était loin d'être admise généralement, et c'étaient surtout les deux opinions suivantes qui dominaient.

Dans l'une on disait que l'héritier pouvait réclamer sa réserve en toute propriété, et qu'il avait le droit, malgré cette réclamation, de conserver l'excédent d'usufruit ou de nue propriété que le défunt lui avait laissé (1). Cette opinion s'appuyait sur le droit romain (loi 36 C. *de inofficioso* et le chapitre 3 de la novelle 18) qui ne permettait pas de compenser ce que le père retranchait de la légitime par une disposition en usufruit. Un grand nombre d'arrêts dans notre ancien droit, parmi lesquels sept du Parlement de Paris, rapportés par Merlin, se prononcèrent dans ce sens.

Dans l'autre opinion, au contraire, on disait que l'héritier avait l'option entre sa réserve ou sa légitime et l'exécution de la disposition telle que l'avait faite le défunt, mais qu'il devait, dans le premier cas, abandonner l'usufruit ou la nue propriété que lui avait laissé le défunt ; on ne faisait donc, dans ce système, aucune différence selon que le disposant avait ou non stipulé expressément l'option (2). Lebrun était un partisan convaincu de cette opinion, et il rapporte comme l'ayant appliquée deux arrêts du Parlement de Paris.

De tout cela nous pouvons conclure qu'aucune opinion

(1) Dans ce sens : Merlin, Répertoire, *Légitime*, section 8, § 3, p. 250. — Guy Coquille-Duplessis, *Des successions*, livre I, chapitre III, section I.

(2) Dans ce sens : Dumoulin, Ricard, 3^e partie, n. 1129-1131 et 1434-1435. Lebrun, chapitre 4. Pothier etc.

n'avait réellement prévalu et que les Parlements étaient indécis sur cette question. Comme le disait Ricard, les auteurs, par leurs ouvrages sur ce sujet, avaient plutôt embarrassé que facilité le moyen de trouver la véritable solution.

Le législateur de 1804 a tranché la question en écrivant l'article 917 ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve auront l'option ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. » Mais, ainsi qu'on le voit, cet article ne tranche que la moitié de la question ; il ne s'occupe pas de l'hypothèse où le disposant récompense le réservataire en usufruit de ce qu'il lui enlève en propriété ; et tandis que dans le cas inverse, celui où il récompense en nue propriété l'héritier de ce qu'il lui enlève en usufruit, il déclare que l'option est valable alors même qu'elle n'a pas été stipulée, il ne dit rien de notre hypothèse. Alors s'est posée la question de savoir si l'option que renferme celle-ci est valable ? Nous avons vu que Demolombe admet l'affirmative et prétend même, par analogie complète avec l'hypothèse prévue par l'article 917, qu'on doit sous entendre l'option lorsque le testateur ne l'a pas exprimée.

Malgré la grande autorité de M. Demolombe, nous pensons que ces solutions ne sont pas exactes et que l'on ne doit pas les admettre ; nous les contestons vivement et les croyons profondément erronées. Loin de considérer l'article 917 du Code civil comme une règle commune, géné-

rale et applicable à tous les cas semblables, ne doit-on pas voir en lui un texte exceptionnel, un texte qu'on ne peut étendre à aucune autre hypothèse que celle qu'il prévoit. Cet article, par interprétation de la volonté du testateur, dit qu'il faut sous-entendre une clause pénale qu'il déclare valable, et admet que dans ce cas le disposant puisse porter atteinte à la réserve de son héritier. Or, nous savons que la grande majorité des auteurs et une jurisprudence que l'on peut qualifier de constante reconnaissent, et nous-même le reconnâtrons dans quelques instants, qu'un ascendant ne peut pas, au moyen d'une clause pénale, sanctionner une disposition qui porte atteinte à la réserve de son descendant; la solution contraire serait en effet en opposition certaine avec l'esprit du Code civil. Si donc le Code, contrairement à la règle générale, autorise dans une hypothèse prévue une telle atteinte à la réserve, ce n'est là qu'une exception qui, comme toutes les exceptions, est d'interprétation étroite et doit être restreinte au cas pour lequel elle a été formulée.

De grandes différences, du reste, existent entre l'hypothèse que prévoit l'article 917 du Code civil et celle que nous étudions, différences qui suffisent largement à expliquer que la même règle ne leur soit pas applicable puisqu'il en résulte, ainsi qu'on va le voir, que l'atteinte à la réserve est beaucoup plus considérable lorsque le disposant prive son descendant de la nue propriété de sa réserve (à moins qu'il n'abandonne sa part dans le disponible), que lorsque, sous la même condition, il le prive, comme le suppose l'article 917 du Code civil, de l'usufruit de sa réserve.

Voici une première différence : les biens du défunt échappent

pent bien plus à sa famille, contrairement au désir du législateur, lorsque le disposant prive son héritier réservataire de la nue propriété de ses biens que lorsqu'il fait une disposition semblable à celle prévue par l'article 917 du Code civil. Tout nu propriétaire, en effet, est appelé à être un jour, lui ou ses héritiers, propriétaire de la pleine propriété de ce dont il n'a pas encore l'usufruit, tandis que l'usufruitier, loin de voir jamais son droit s'augmenter, le voit diminuer de jour en jour puisque son usufruit doit s'éteindre à sa mort et que ses héritiers ne l'exerceront jamais. L'atteinte portée à la réserve est donc bien plus grande dans le premier cas que dans le second, la réserve ayant été incontestablement instituée pour sauvegarder les intérêts de la famille, pour que celle-ci possède toujours une portion des biens du défunt.

Une seconde différence consiste en ce que, s'il est incontestable que l'une et l'autre de ces dispositions aient pour but de faire respecter la volonté du défunt, ce résultat, qui n'est pas trop à désirer puisqu'il porte atteinte aux lois de la réserve, se produira moins souvent dans l'hypothèse prévue par l'article 917 du Code civil que dans l'hypothèse inverse.

Lorsque le disposant, en effet, laisse à son héritier le choix entre la nue propriété de tous ses biens et sa réserve pure et simple, l'héritier peut hésiter avant de se décider pour tel ou tel de ces deux partis : s'il se trouve dans une certaine situation de fortune il préférera exécuter les dispositions testamentaires du défunt et avoir un jour la pleine propriété de la succession tout entière, tandis que, si au contraire il a besoin d'argent, il réclamera sa réserve

pure et simple, et attaquera le testament, malgré la perte du disponible qu'il encourra par le fait même, afin d'avoir immédiatement l'usufruit d'une portion de la succession. La décision que prendra l'héritier dans ce cas dépendra donc de sa situation actuelle de fortune, et en fait il se prononcera pour le second parti aussi souvent que pour le premier.

Lorsqu'au contraire le testateur laisse à son héritier l'usufruit de toute sa fortune et le prive de la nue propriété de tous ses biens, l'héritier a tout avantage à accepter cette disposition, et s'y conformera par suite presque toujours.

S'il l'accepte, en effet, il se trouve dans une situation bien préférable à celle que lui procurerait sa réserve. Il n'a, il est vrai, qu'un usufruit, mais pour peu qu'il soit légèrement égoïste, il se contentera d'une vie large ; il ne pensera pas aux parents qu'il laissera après sa mort, et cet usufruit lui suffira. L'héritier ratifiera ainsi la disposition de son ascendant ; celui-ci aura donc porté atteinte à la réserve de son héritier et la volonté du législateur aura été mise en échec.

Ce sont là des motifs suffisants pour montrer que l'article 917 du Code civil est un texte exceptionnel, et qu'il n'y a pas lieu d'en appliquer la règle en dehors de l'hypothèse précise qu'il prévoit. Il nous semble donc qu'on ne peut pas tirer argument de ce texte pour valider la clause pénale qui porte atteinte à la réserve ; loin de favoriser la doctrine de M. Demolombe il serait plutôt un argument en faveur de ceux qui se prononcent pour la nullité de toute clause sanctionnant une disposition contraire à la réserve.

Ajoutons que ce qui, à notre avis, démontre encore la fausseté de la doctrine de M. Demolombe, c'est l'exception que cet auteur admet pour le cas où le disposant stipule la clause pénale dans le but d'amoindrir la masse sur laquelle on calcule la quotité disponible et la réserve. Comment, en effet, peut-on se prononcer pour la nullité de la clause pénale dans ce dernier cas, lorsqu'on en admet la validité dans les autres ? L'héritier n'a-t-il pas toujours le même droit d'option ? Ne se trouve-t-on pas toujours en présence des deux mêmes droits : de celui qu'a l'héritier d'avoir sa réserve, et de celui qui appartient au testateur de disposer de son disponible ? Comme dans les autres hypothèses l'héritier a bien le choix entre deux partis : respecter l'acte, ou se contenter de sa réserve ; l'option est donc la même ; l'on doit, en conséquence, lui appliquer les mêmes règles. Qu'on ne dise pas que lorsque le testateur veut diminuer la masse à partager il y a dol et que la clause pénale, couvrant alors un dol, est contraire à l'ordre public ; n'y a-t-il pas dol en effet chaque fois que la clause pénale tend à valider une disposition nulle !

Si nous critiquons la théorie de M. Demolombe nous admettons toutefois comme lui que le droit qu'a tout descendant de revendiquer sa réserve dans la succession de ses ascendants ne concerne pas l'ordre public. L'héritier, en effet, peut, après l'ouverture de la succession, renoncer à sa réserve ; il n'est pas obligé de la demander ; c'est donc que le droit qu'il a de la revendiquer n'est pas d'ordre public.

Doit-on dire alors que, puisque l'héritier peut renoncer de plein gré à sa réserve et que celle-ci a été instituée dans

son intérêt privé, son ascendant peut lui imposer cette renonciation ? Nullement, parce que ce droit de tout héritier réservataire de réclamer sa réserve est une garantie légale prise contre le disposant. L'héritier peut renoncer librement à ce droit parce qu'il lui a été conféré dans son intérêt privé ; mais l'ascendant ne peut pas l'en priver, ne peut pas lui en imposer la renonciation, parce que ce droit constitue bien une garantie prise par la loi contre l'abus qu'il ferait de son pouvoir de disposer.

N'est-ce pas ce que dit M. Carette (1). « Cette théorie
« de l'option qui exposerait le réservataire mû par un
« sentiment de respect très louable d'ailleurs pour la vo-
« lonté de son auteur, à se voir priver d'une partie même
« de sa réserve, paraît inconciliable avec le soin qu'a pris
« le législateur de garantir au moins aux héritiers qui
« s'y trouvent réduits, l'intégralité de leur part réserva-
« taire. »

Le législateur a voulu garantir la réserve aux héritiers contre l'abus que commettraient leurs parents dans leurs dispositions ; c'est bien pour cela que ceux-ci ne peuvent pas sanctionner par une clause pénale l'atteinte qu'ils y auraient portée.

Rappelons que du reste cette clause pénale serait encourue au cas où la réserve n'aurait pas été entamée, ce qui nous amène à examiner la question de savoir si l'héritier réservataire peut demander une expertise afin de se renseigner si sa réserve a été atteinte. Cette question offre un grand intérêt parce qu'en fait l'héritier de-

(1) Dalloz, 1864.1.265.

mande fréquemment cette expertise ; avant d'attaquer le testament il veut se prémunir du risque qu'il court de se voir appliquer la clause pénale au cas où sa réserve n'aurait pas été entamée ; et c'est pour cela, qu'au lieu de poursuivre la nullité du testament, il demande qu'il soit procédé à une expertise préalable. L'héritier réservataire a-t-il ce droit ?

La Cour de cassation de Belgique se prononce pour l'affirmative et c'est ainsi que dans un arrêt en date du 22 juin 1837 (1) elle a jugé que lorsque le testateur a déclaré que ceux de ses héritiers qui ne se conformeraient point à sa volonté dernière et contesteraient un legs seraient privés de la quotité disponible, la pénalité n'est pas encourue par cela que, sur la demande en délivrance de ce legs, une expertise a été réclamée à l'effet de vérifier si la légitime restait entière : « Attendu, dit la Cour, que les défendeurs
« ne se sont pas formellement opposés à l'exécution des
« volontés de leurs père et mère. Qu'ils se sont bornés à
« demander que la délivrance, même provisoire, des legs
« attribués au demandeur fût suspendue jusqu'à ce que la
« valeur des successions paternelle et maternelle eût été
« déterminée par des experts, à l'effet de vérifier si ces legs
« excédaient la quotité disponible, se réservant dans le cas
« où ils la dépasseraient d'en provoquer la réduction. Que
« par ces conclusions ils n'ont nullement contesté les
« testaments des auteurs de leurs jours ; qu'ils ont même
« implicitement déclaré vouloir s'y conformer jusqu'à
« concurrence de la quotité disponible. Qu'en agissant

(1) *Pasicrisie belge*, 1837.1.106.

« ainsi ils n'ont fait qu'user d'un droit que les testateurs
« ne pouvaient leur enlever ; que l'opposition à l'envoi
« en possession des legs était la conséquence de la de-
« mande d'expertise, demande qu'ils voulaient former sans
« encourir la pénalité comminée par les testaments (1). »

Nous trouvons dans les arrêts de notre Cour de cassation un arrêt dans ce même sens rendu par la Chambre civile (2) le 9 décembre 1862. Cet arrêt établit que les juges ne peuvent pas déclarer la peine encourue s'il n'est pas certain que les dispositions sanctionnées par la clause pénale ne portent pas atteinte à la réserve, et qu'il doit alors être procédé à une évaluation préalable des charges imposées au réservataire.

M. Valette, l'ancien professeur de la Faculté de droit de Paris, s'est également prononcé pour l'opinion de la Cour de cassation de Belgique dans deux consultations rendues les 23 février 1867 et 23 juin 1868. Il s'agissait de savoir si l'héritier qui, à la demande de ses co-héritiers de procéder à la liquidation et au partage de la succession conformément aux dispositions du testateur, répond par des conclusions tendant à ce qu'il soit procédé à une expertise pour reconnaître si le partage en nature des immeubles dont le testateur a prescrit la vente est possible, et, en cas d'affirmative, pour qu'il soit procédé à la formation des lots, contrevient à la disposition du testament et encourt l'application de la peine édictée par le testateur. Et M. Valette concluait à la négative (3) : « Les

(1) Voir dans le même sens : Liège, 11 juin 1836, *Pasicrisie belge*, 1832. 2.66.

(2) Sirey, 1864.1.265.

(3) *Mélanges*, Valette, t. 2, p. 121.

« droits de M..., disait-il, ne doivent quant à présent recevoir aucune atteinte. En effet, jusqu'ici l'appelant s'est borné, au sujet du partage des immeubles, à demander une expertise pour diriger sa marche d'une manière plus sûre, pour s'éclairer, et aussi pour éclairer ses frères et sœurs et le tribunal lui-même sur la valeur réelle de la clause du testament qui ordonne la vente des immeubles. Il n'y a là qu'une mesure préparatoire et les choses doivent demeurer intactes au moins jusqu'à ce que M... prenne une décision définitive pour se soumettre à la vente ou pour la repousser. Il jugera s'il se croit ou non muni de pouvoirs suffisants pour établir soit que la clause en question est le résultat de la surprise ou de l'erreur, soit qu'elle tend, dans son exécution, à compromettre la réserve... Même en supposant la clause sérieuse, bien justifiée et appartenant à la testatrice, nous disons que c'est en étendre et forcer le sens naturel que de prendre pour un obstacle à l'exécution des clauses du testament une simple expertise ou mesure préparatoire qui ne préjugait rien sur la décision définitive de M... » Malgré l'autorité de ce savant professeur la Cour de cassation jugea que la clause pénale était applicable. Elle n'a fait du reste en cela que d'affirmer la jurisprudence en ce sens, et confirmer la solution qu'avait déjà donnée sur ce sujet la Chambre des requêtes le 30 mai 1866 (1).

Nous pensons que c'est la solution de notre jurisprudence qu'il faut suivre et qu'il faut rejeter celle de la Cour de cassation de Belgique. Comme le dit en effet l'arrêt

(1) Dalloz, 1867.1.264.

du 30 mai 1866, l'expertise est certainement une mesure d'instruction que le juge ne peut ordonner qu'autant qu'elle se rattache à une demande dont il est saisi, et qu'elle lui paraît nécessaire pour éclairer un litige sur lequel il est appelé à statuer. Or rien de cela n'a lieu dans notre hypothèse. L'héritier qui demande ici une expertise préalable ne saisit le tribunal ni d'une demande en nullité ni d'une demande en réduction ; les juges commettraient donc un excès de pouvoir s'ils accueillaien la demande d'expertise des héritiers qui ne cherchent par ce moyen qu'à s'éclairer sur leurs droits, et à ne pas encourir la peine en attaquant le testament, puisqu'après cette expertise ils ne l'attaqueront que si leur réserve a été atteinte, et que nous savons que dans ce cas la clause pénale est nulle. Ajoutons que la demande d'expertise est contraire à la volonté du défunt qui veut que son héritier s'en rapporte à sa déclaration ; or on doit respecter cette volonté, comme nous l'avons dit, toutes les fois que la réserve n'est pas entamée.

Les héritiers encourent donc la peine s'ils demandent une expertise et si celle-ci prouve que le partage est légal et ne porte aucune atteinte à la réserve. Si l'on admettait au contraire la solution de la Cour de cassation de Belgique on arriverait à un résultat bizarre, par trop favorable aux héritiers : ceux-ci n'encourraient jamais la peine, que la réserve soit ou non atteinte. L'expertise, en effet, démontre-t-elle que la réserve est entière, ils n'agiront pas ; démontre-t-elle que la réserve est entamée, ils intenteront l'action en nullité mais n'encourront pas pour cela la peine qui dans ce cas est réputée non écrite.

Résumons en terminant l'effet de la clause pénale défendant d'attaquer une disposition qui porte atteinte aux règles de la réserve :

Cette clause est valable lorsque la réserve est intacte, et l'héritier l'encourt par le fait même qu'il se contente de demander une expertise pour savoir si la réserve a été atteinte. Cette clause est nulle au contraire lorsque la réserve est entamée, parce qu'elle porte atteinte à un droit qui est une garantie prise par la loi contre le disposant, à savoir le droit qu'a tout héritier réservataire de demander la nullité des dispositions qui entament sa réserve.

§ VII.

Nous avons étudié les principaux cas d'application de la clause pénale que formule un ascendant ou un testateur pour défendre à son descendant ou héritier d'attaquer son partage ou son testament. Disons maintenant quelques mots du cas où, au moyen de la clause pénale, le testateur impose à son héritier ou à son légataire de renoncer à une succession. C'est une hypothèse différente de celles sur lesquelles nous voulions spécialement faire porter notre étude et que nous avons étudiées; nous croyons cependant utile d'en parler parce que, de même que lorsqu'il s'agit de la défense d'attaquer une disposition nulle, la clause pénale dont il est ici question tend à dépouiller l'héritier d'un droit privé.

Nous supposons bien entendu qu'il s'agit de renoncer à une succession future; aucun texte en effet ne défend de renoncer à une succession échue, et par suite la validité de la clause pénale qui sanctionnerait cette défense ne saurait

être douteuse ; incontestablement un testateur peut offrir à son héritier ou à son légataire l'alternative ou de renoncer à une telle succession, ou de perdre sa part successorale ou son legs.

Il existe au contraire un texte interdisant tout pacte sur succession future, l'article 791 du Code civil, et alors se pose la question de savoir si la condition de renoncer à une succession future est licite ou illicite, et, au cas où elle serait illicite, si la clause pénale apposée à cette condition est valable ou nulle ?

La première question, à notre avis, n'offre pas de difficulté. L'article 791 en effet, comme nous venons de le rappeler, interdit les pactes sur succession future. Or s'obliger à renoncer à une succession non ouverte c'est bien faire un pacte sur une succession future ; car au fond de tout pacte sur succession il y a une condition de disposer de cette succession. L'on doit donc dire que l'article 791, interdisant les pactes sur succession future, déclare nulle par le fait même la condition de renoncer à une succession non ouverte (1).

Il nous reste alors à examiner si on peut déroger à cette défense en sanctionnant la condition de renoncer à une succession future par une clause pénale.

Nous nous prononçons sans hésiter pour la négative. Pourquoi, en effet, le législateur a-t-il ainsi déclaré nulles ces conditions qui impliquent disposition d'une succession future, si ce n'est pour empêcher les héritiers présomptifs de renoncer à leurs droits successoraux dont ils ne con-

(1) Voir dans ce sens Demolombe, t. 18, n° 277 et Laurent, t. 41, n° 455.

naissent pas la quotité exacte et pour retirer à tout disposant quel qu'il soit la possibilité de les amener à se dépouiller prématurément de ces droits. Ce droit qu'a tout héritier présomptif de demander la nullité d'une clause l'obligeant à renoncer à une succession non ouverte, est donc une garantie instituée par la loi contre le disposant. C'est une garantie instituée, comme le dit M. Martin, pour assurer le fonctionnement normal de la loi des successions, et cette garantie est prise contre quiconque sollicite les héritiers à se dépouiller de leurs droits.

Nous pouvons donc dire, et cela confirme la théorie de la garantie légale, qu'un disposant ne peut pas sanctionner par une clause pénale la condition de renoncer à une succession future parce que le droit d'attaquer une telle condition est une mesure de précaution prise par la loi contre le disposant.

Par suite de l'application que nous faisons de la théorie de la garantie légale à l'hypothèse où une clause pénale sanctionne la condition de renoncer à une succession, nous sommes amené à dire que cette clause pénale est nulle aussi bien lorsqu'elle est apposée à une donation que lorsqu'elle est jointe à un testament.

Nous venons de dire que l'on devait déclarer nulle toute condition de renoncer à une succession future à cause de l'article 791 ; cette opinion n'est toutefois pas celle de tous les auteurs et certains distinguent selon que cette condition est apposée à un testament ou à une donation (1). Ils la déclarent valable dans les testaments parce qu'elle

(1) Aubry et Rau, t. 7, p. 293.

y équivalait à une condition résolutoire ; ils la déclarent nulle au contraire dans les donations entre vifs parce que l'acceptation qu'en fait le donataire est un pacte sur succession future. Elle équivalait bien à une condition résolutoire dans le premier cas, ajoutent-ils, puisque, si après l'ouverture de la succession le légataire exerce ses droits héréditaires, le legs est révoqué. Cette condition n'a donc pour objet que d'obliger le légataire à opter entre la conservation de son legs et l'exercice de ses droits héréditaires, option entre deux droits pécuniaires qui est certainement licite.

Mais si l'on invoque cette idée d'option, pourquoi ne pas valider également la condition de renoncer à une succession future lorsque cette condition est apposée à une donation entre vifs ? La Cour de Grenoble a bien senti cette objection et, ne se conformant pas en cela aux autres tribunaux et cours, elle n'a pas craint d'appliquer la théorie de l'option dans toutes ses conséquences. Il s'agissait d'une constitution de dot faite par un donateur à sa petite-fille sous la condition suivante : « Le donateur veut et entend que sa petite-fille, par suite de cette donation et en en jouissant, ne puisse rien réclamer sur la succession de sa mère ni sur celle de son père hors le cas où ces derniers lui feraient quelque libéralité dont elle profiterait... mais aussi elle ne pourra éprouver aucun retranchement sur cette donation et, y renonçant, pourra exercer ses droits successifs sur les dites successions. » La Cour le 7 janvier 1873 (1), confirmant le jugement du tribunal de Nyons, déclara cette

(1) Dalloz, 1873.2.109.

condition parfaitement valable « attendu que l'intention
« manifeste du donateur telle qu'elle résulte de cette clause
« a été, non pas d'obliger le donataire à renoncer à la suc-
« cession de ses père et mère, mais de lui laisser l'option
« entre la libéralité qu'il lui faisait et l'exercice de ses
« droits successifs ; qu'il n'est donc pas possible de voir
« dans cette stipulation un pacte sur une succession future
« tel qu'il est prohibé par l'article 791 du Code civil, car
« ce pacte n'aurait pu se former qu'autant que l'obligation
« de renoncer à la succession de ses père et mère aurait
« été irrévocablement imposée à la donataire et acceptée
« par elle ; que loin de là le donateur lui réserve la liberté
« pleine et entière d'opter entre la donation et ses droits
« successifs. »

En invoquant cette idée d'option on pourrait, il nous semble, sinon valider toutes les conditions illicites, du moins valider dans tous les cas celle de renoncer à une succession future ; nous avons vu que néanmoins certains auteurs ne la validaient que dans les testaments. En voici d'autres maintenant qui ne la valident que lorsque la renonciation, loin de devoir être immédiate, ne doit avoir lieu seulement qu'à l'époque où la succession viendrait à s'ouvrir. Lorsqu'au contraire la renonciation doit avoir lieu à l'avance ils se prononcent pour la nullité de la condition, affirmant que dans ce cas seulement celle-ci est contraire à l'article 791 du Code civil (1).

Nous n'admettons pas plus cette dernière distinction que la précédente ; il est certain, en effet, que la première

(1) Dalloz, *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 176 ; Simon, thèse, 1887, t. 4, p. 208.

hypothèse est aussi contraire à l'article 791 du Code civil que la seconde. La réfutation de cette théorie n'est du reste plus à faire. M. Demolombe a bien démontré qu'elle n'était pas soutenable (1). « Mais lorsque la loi, dit cet auteur, déclare qu'on ne pourra pas renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession, elle ne suppose pas non plus une renonciation qui serait faite actuellement à une succession future pour avoir un effet actuel; il est clair qu'une telle renonciation serait nulle par un autre motif, à savoir par défaut d'objet (art. 1108-1131). L'article 791 n'a donc véritablement de sens qu'autant qu'il s'applique aux promesses par lesquelles une partie prendrait d'avance l'engagement de renoncer à une succession lorsqu'elle s'ouvrira, et il est facile d'apercevoir que si on validait ces sortes de conditions dans les actes de libéralités entre vifs ou testamentaires, on ferait à cette prohibition si morale et si politique de l'article 791 une brèche énorme, par laquelle passeraient sans obstacle les prohibitions elles-mêmes qu'il a voulu peut-être le plus directement empêcher. »

Mentionnons enfin une dernière opinion d'après laquelle la condition de renoncer à une succession future serait toujours licite et dans les testaments et dans les donations, par ce motif que cette condition est implicitement contenue dans toute libéralité faite sans dispense de rapport à un héritier légitime (2). Est-il besoin de dire que d'après

(1) Demolombe, t. 18, p. 312.

(2) Toullier, t. 5, n° 269; Zachariæ, t. 5, p. 237.

cette opinion la clause pénale sanctionnant cette condition serait toujours valable.

§ VIII.

Ainsi que les différents cas que nous avons examinés nous l'ont bien démontré, la clause pénale est nulle lorsque le droit qu'elle veut retirer au légataire ou à l'héritier constitue une mesure de précaution, une garantie prise par la loi contre le disposant. Mais, ainsi que nous l'avons dit, la nécessité de se demander si le droit dont le disposant veut priver son héritier offre ce caractère, n'existe que lorsqu'il s'agit d'un droit privé, d'un droit sur lequel on peut transiger et auquel l'héritier peut renoncer. Lorsqu'il s'agit au contraire d'un droit public, comme le droit de puissance paternelle ou maritale, le droit d'éligibilité, etc., il n'est pas besoin de recourir à l'idée de garantie légale. La nature même du droit suffit alors pour prouver que personne ne peut en imposer la renonciation, car l'ordre public est en jeu ; le titulaire de ce droit ne peut pas lui-même y renoncer, comment pourrait-on admettre qu'une autre personne puisse le forcer à s'en défaire. Il est donc inutile de nous étendre sur ce sujet.

Peut-être est-il néanmoins utile de montrer un cas d'application de renonciation à l'un de ces droits, quoiqu'aucune discussion ne puisse s'élever à cet égard. Prenons par exemple un droit touchant certainement à l'ordre public : le droit qu'a toute personne intéressée d'intenter l'action en contestation d'état. Le testateur peut-il empêcher son légataire ou son héritier, au moyen d'une clause pénale, d'intenter cette action ? Ainsi que nous l'avons dit

la réponse à cette question ne saurait offrir de doute ; elle est même d'une certitude si absolue que peu de personnes ont eu la prétention de la combattre, si bien que les jugements et arrêts manquent sur ce sujet, et la Cour de Lyon a rendu le 3 juillet 1823 le seul arrêt, pour ainsi dire, qui s'en soit occupé. Voici ce dont il s'agissait (1) : Un testateur, dans la prévision que l'état d'un de ses enfants serait contesté après sa mort, avait imposé à ses héritiers la condition de ne pas attaquer le testament par lequel il avait fait une égale distribution de ses biens entre eux, et avait stipulé une peine contre celui ou ceux qui ne respecteraient pas cette volonté. La Cour décida que les héritiers pouvaient attaquer la légitimité de l'un des héritiers institués sans encourir par le fait la peine comminée par le testateur.

« Attendu que d'après les anciens principes du droit en
« matière de testament reproduits par les dispositions
« générales de l'article 900, les conditions insérées dans
« les dispositions sont réputées non écrites lorsqu'elles
« sont contraires aux lois et aux mœurs... Attendu que
« la peine infligée par le testateur à celui de ses fils qui
« userait d'un droit dont il ne lui appartenait pas de le
« dépouiller dans l'intérêt de l'autre, présente une condi-
« tion contraire aux lois sur l'état des personnes et sur
« l'ordre des successions, et qui, sous ce double rapport,
« est réprouvée par l'article 900 du Code civil ; qu'elle doit
« d'autant mieux être proscrite dans l'espèce, qu'elle por-
« terait atteinte à des mesures d'ordre public auxquelles
« les parties qu'elles intéressent ne pouvaient déroger,

(1) Dalloz, *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 186.

« même d'un commun accord, par contravention ; que
« l'appelant est donc mal fondé à demander l'exécution
« d'une clause qui doit être considérée comme non avenue
« et qui ne peut produire aucun effet. »

Ainsi, en résumé, s'il s'agit d'un droit public, aucune difficulté ; la clause pénale cherchant à en dépouiller un légataire est toujours nulle. Si au contraire il s'agit d'un droit privé, la clause pénale n'est nulle que lorsque ce droit est une garantie légale contre le disposant. On peut dire que c'est ce principe qu'applique la jurisprudence, puisque toutes ses décisions s'y conforment ; elle ne l'a néanmoins jamais formulé.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'EFFET DE LA CLAUSE PÉNALE.

CHAPITRE PREMIER

Nous avons vu que la clause pénale insérée dans les actes à titre gratuit n'est pas une condition illicite, et qu'elle est valable du moins dans certains cas : suivant un grand nombre d'auteurs lorsque le droit qu'elle tend à retirer au bénéficiaire de la libéralité ne lui a pas été conféré dans un but d'ordre public, et, suivant nous, lorsque ce droit n'est pas une garantie légale instituée contre le disposant. Il nous reste maintenant à examiner quel est l'effet de cette clause pénale.

Le bénéficiaire de la libéralité, que ce soit un héritier ou un légataire, encourt-il la peine par cela seul qu'il attaque le testament au mépris de la défense qui lui en est faite ?

Il semble que nous ayons déjà répondu à cette question lorsque nous nous sommes prononcé sur les différentes théories émises sur la validité de la clause pénale : lorsque le droit que la clause pénale tend à enlever à l'héritier ou au légataire est d'ordre public, ou plus exactement selon nous, lorsqu'il consiste en une mesure de précaution prise

par la loi contre le disposant, l'héritier a le droit d'agir en nullité malgré la clause pénale, mais il le fait à ses risques et périls ; si, en effet, le testament est maintenu il encourt la peine. Lorsqu'au contraire le droit en question n'est qu'un droit conféré dans un intérêt purement privé, ou lorsque, quoique conféré par la loi, il ne constitue pas une mesure de précaution prise contre le disposant, l'héritier encourt la peine par le fait même qu'il élève une contestation contre le testament. Dans ce dernier cas il a un choix à faire : ou attaquer le testament en encourageant la peine, ou le maintenir ; peu importe l'issue du procès ; même s'il le gagne, il subit les conséquences du choix qu'il a fait ; il ne doit s'en prendre qu'à lui-même du mauvais parti qu'il a pris.

Mais observons que, la déchéance encourue, l'héritier peut faire valoir tous les droits qu'il peut tirer, soit de la volonté du disposant, soit de la loi elle-même. C'est ainsi que s'il est privé de sa part dans la quotité disponible pour avoir contrevenu à une clause du testament, il doit recevoir sa part dans la réserve en nature si le partage en nature est possible (1).

Ajoutons que la clause pénale ne peut produire d'effet, et dans la mesure que nous venons de rappeler, que lorsqu'elle est insérée dans un testament ou dans un partage d'ascendant testamentaire. Les mêmes principes ne sont pas applicables lorsque cette clause est insérée dans un partage entre vifs ou dans une donation. Dans ces derniers cas, en effet, l'assentiment que le bénéficiaire de la libé-

(1) Voir dans ce sens : Cour de Douai, 25 mars 1867 et Cassation, 15 février 1870, Dalloz, 1870.1.182.

ralité donnerait à la clause qui lui défend d'attaquer après la mort du disposant un acte que celui-ci a fait, devrait être déclaré nul par un motif particulier, par le motif que l'article 791 du Code civil déclare nul tout pacte sur succession future.

Il semble donc que nous nous soyons suffisamment prononcé sur l'effet à attribuer à la clause pénale testamentaire ; mais ce principe : que l'héritier encourt la peine par cela seul qu'il attaque l'acte de disposition du défunt, soulève dans ses applications des difficultés que nous devons examiner.

Dans un premier paragraphe nous dirons quand l'héritier a vraiment encouru la peine, et dans un second nous examinerons l'hypothèse où le testament que l'héritier veut attaquer contient et des dispositions licites et des dispositions illicites. Puis dans un second chapitre nous nous prononcerons sur la question de savoir si la peine testamentaire est comminatoire. Enfin dans un dernier chapitre nous nous demanderons à qui appartient le montant de la peine.

§ I.

Quand la peine est-elle encourue ?

Nous laissons ici de côté toute différence entre les cas où la peine est nulle, et ceux où elle est valable. Nous avons vu que dans les premiers l'héritier n'encourt la peine que si sa demande en nullité est rejetée, tandis que dans les seconds il l'encourt quelle que soit l'issue de sa demande. Nous allons étudier seulement la question de savoir quand l'héritier peut être réputé avoir contrevenu à la volonté du testateur.

La réponse à cette question semble aisée à donner : l'héritier a contrevenu à la volonté du testateur lorsqu'il a fait ce que celui-ci lui interdisait de faire, ou lorsqu'il n'a pas accompli ce qu'il lui ordonnait d'accomplir. Le testateur ordonnait-il par exemple à son héritier de ne pas attaquer son testament nul en la forme, l'héritier a contrevenu à la volonté du testateur si, en invoquant cette inobservation des formes prescrites par la loi, il a demandé la nullité de ce testament.

Si tous les cas étaient aussi simples ce serait perdre son temps que de vouloir les examiner ; mais dans la pratique mille combinaisons possibles surgissent, qui offrent de grandes difficultés et peuvent donner lieu à des solutions discutables. Examinons-en quelques-unes :

Disons auparavant que lorsque le sens de la clause pénale est douteux la clause pénale n'est pas encourue. Si, en effet, l'on doit considérer la clause pénale comme de rigueur, il ne faut cependant pas lui donner une portée exagérée. Or quand il y a doute sur le sens de la clause, on ne peut pas reprocher à l'héritier d'avoir méconnu une volonté qui n'est point clairement manifestée, et, comme le dit M. Laurent (1), « le doute doit s'interpréter en faveur de celui » qui est accusé d'avoir manqué de respect au testateur ; « là où il n'y a pas de faute on ne peut pas appliquer de » peine, car il n'y a pas de contravention. »

I. — Il arrive souvent que sur les contestations soulevées contre le testament par un héritier ou légataire malgré la défense et la peine portées par le défunt, un autre légataire déclare s'en rapporter simplement à justice.

(1) Laurent, t. 11, p. 638.

Doit-on dire que ce dernier légataire a attaqué le testament et que par suite il doit supporter la peine ; ou qu'au contraire il a respecté la volonté du testateur et que la pénalité ne lui est pas applicable.

Si l'on consulte la jurisprudence, on ne sait quelle solution adopter, car elle s'est prononcée tantôt pour l'une et tantôt pour l'autre. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Lille, rendu le 3 août 1866 et confirmé par la Cour de Douai et la Cour de cassation, a décidé que celui des héritiers qui s'en rapportait à justice n'encourait pas la peine, tandis que la Cour d'Orléans le 9 août 1836 s'était prononcée en sens contraire (1).

Nous pensons que l'on doit adopter la solution de l'arrêt de la Cour d'Orléans. Qu'est-ce, en effet, que s'en rapporter à justice ? C'est faire une demande véritable, demande tendant à ce qu'il soit fait droit sur le mérite de l'acte et spécialement sur l'intervention qui y a donné lieu ; les tribunaux l'ont toujours ainsi jugé. Faire une déclaration c'est conclure, et de même que celui qui s'en rapporte à justice doit, s'il y a lieu, être condamné à payer les frais, de même il doit encourir la clause pénale.

II. — Supposons, en deuxième lieu, que ce soit pour empêcher d'attaquer un legs qu'il fait de la chose d'un légataire institué, que le disposant a inséré une clause pénale dans son testament. Si le légataire institué, sous prétexte que l'un des autres legs porte sur une chose qui lui appartient, dispose de cette chose et empêche ainsi, ou du moins tente d'empêcher la complète exécution du tes-

(1) Dalloz, 1870. 4. 482 ; Dalloz, 1838. 4. 414. — V. sur le même sujet, 28 avril 1891, Dalloz, 1892. 4. 207.

tament, il encourt la peine édictée pour le cas où il attaquait le testament; la Cour de cassation l'a ainsi jugé le 10 juillet 1849 (1). Mais supposons qu'au lieu de disposer de cette chose, le légataire institué qui est actionné en délivrance refuse seulement de faire cette délivrance, par le motif que la chose léguée lui appartient et que le testateur en a disposé sans savoir qu'il léguait la chose d'autrui. Doit-on décider que le légataire a encore encouru la clause pénale ?

Cette question s'est présentée devant la Cour de cassation qui, le 25 avril 1860, l'a résolue dans le sens de la négative : « Attendu, dit la Cour suprême, qu'en supposant
« que la clause pénale insérée dans le testament de la feue
« dame Favard Girot de Langlade eût pour effet de sauver
« une disposition nulle par elle-même comme le legs de
« la chose d'autrui, cette clause ne saurait dans aucune
« hypothèse être opposée à la défenderesse qui n'attaque
« pas le testament où elle est écrite, et qui ne fait que se
« défendre contre l'action du demandeur en excipant du
« majorat qui avait assuré à son mari... Attendu qu'en le
« décidant ainsi l'arrêt attaqué n'a pas violé l'article 895
« du Code Napoléon ni aucun texte de loi (2). »

M. Ruben de Couder, dans une note faite au sujet de cet arrêt, trouve que cette solution ne fait pas de difficulté.
« Le légataire, dit-il, n'avait point attaqué le testament,
« n'avait demandé la nullité d'aucune de ses dispositions,
« n'avait dirigé aucune action pour le faire tomber en
« tout ou en partie; actionné lui-même en délivrance de

(1) Dalloz, 1849.1.253.

(2) *Pand. franç. chronol.*, t. 4-1, p. 17.

« l'objet légué, il se prétendait propriétaire de cet objet ;
« sa défense principale consistait dans la preuve de sa
« propriété ; ce n'était qu'accessoirement qu'il pouvait
« prétendre que le testateur n'avait pu disposer d'un bien
« ne lui appartenant pas. » Comme la Cour de cassation,
cet auteur justifie cette solution en disant que, comme se
défendre ce n'est pas attaquer, l'héritier ne contrevient
pas à la clause pénale en refusant de délivrer la chose
léguée.

Nous ne nous rangeons pas à cet avis, et nous pensons
que cette distinction est trop subtile si elle n'est fausse.
En réalité, en effet, le légataire qui se refuse à la délivrance
de la chose léguée arrive au même résultat que s'il atta-
quait le testament ; il empêche la disposition du testateur
de produire son effet, il l'invalide ; il contrevient donc à
la volonté du testateur et, par suite, on doit lui appliquer
la clause pénale. Nous contestons donc cette prétendue
distinction que l'on veut établir entre le cas où l'héritier
attaque le testament et celui où il refuse seulement de
l'exécuter. Elle ne peut pas, à notre avis, justifier la solu-
tion de la Cour de cassation. Peut-être peut-on alors la
justifier par un autre motif, à savoir par le pouvoir d'ap-
préciation que la jurisprudence reconnaît aux tribunaux
pour juger, en tenant compte des circonstances de la cause,
si le légataire ou l'héritier a ou non méconnu la volonté du
testateur. Mais il reste alors à examiner si les tribunaux
ont ce pouvoir d'appréciation. Nous étudierons bientôt
cette question ; disons dès maintenant que cela nous pa-
raît fort contestable et que nous jugeons préférable de les
en priver.

§ II. — Que décider dans le cas où l'acte attaqué par l'héritier renferme à la fois des clauses licites et des clauses illicites ?

Quand le testament ne renferme qu'une seule disposition les règles qui régissent l'effet de la clause pénale dans les actes à titre gratuit sont aisées à appliquer ; tout se réduit à la question de savoir si l'on peut au moyen de la clause pénale empêcher d'attaquer cette disposition.

Des difficultés s'élèvent au contraire lorsqu'on se trouve en présence d'un testament contenant plusieurs dispositions, dont les unes admettent l'emploi de la clause pénale et les autres le rejettent. L'héritier qui attaque les unes et les autres encourt-il la peine ?

L'affirmative a été jugée plusieurs fois (1). Cette solution est très rigoureuse ; la rigueur en semble même excessive dans l'hypothèse qui s'est présentée devant la Cour d'Orléans le 5 février 1870, et autres semblables. Un testateur avait exigé de l'un de ses héritiers : 1° qu'il n'administre plus les biens de son enfant ; 2° qu'il ne dirige plus son éducation ; il avait de plus stipulé une clause pénale pour le cas où son héritier attaquerait ces dispositions. La Cour d'Orléans jugea que la clause pénale était valable en ce qui concerne la première disposition, et que par suite la déchéance devait être encourue par l'héritier qui avait attaqué le testament, et cela malgré la nullité de la disposition concernant l'éducation de l'enfant.

Or, comme le dit M. Dalloz, dans une note publiée sur cet arrêt, l'opinion qui tient pour illicite la condition insé-

(1) Cassation, 2 août 1869, Dalloz, 1869.1.403 ; Orléans, 5 février 1870, Dalloz, 1870.2.49 et sur pourvoi Cassation, 9 janvier 1872, Dalloz, 1872.1.128.

rée dans un testament, que l'administration des biens légués à un mineur n'appartiendra point à son père, compte des partisans aussi nombreux qu'imposants. Et si ce système avait prévalu, la contestation soulevée dans cette espèce par le légataire aurait été déclarée légitime, et le legs fait en sa faveur aurait été maintenu : « Eh bien « donc », ajoute cet auteur, « lorsque la Cour d'Orléans le « prive du bénéfice de ce legs parce que l'action qu'il a « intentée a été reconnue mal fondée, elle le punit en « réalité de n'avoir pas été plus exact sur la question de « droit que les jurisconsultes et les Cours d'appel qui ont « admis la validité de cette condition, et de n'avoir pas été « plus clairvoyant sur la question de fait que M. l'avocat « général qui considérait le testament comme nul dans « son ensemble (1). »

Nous pensons qu'on peut justifier la solution de la Cour de cassation malgré la rigueur de ses effets, et que c'est cette solution que l'on doit adopter. Comme nous le savons, en effet, le testateur qui prive un légataire de son legs dans le cas où il attaquerait en justice son testament, met simplement une condition à sa libéralité : il fait ce legs sous la condition que l'on n'attaque pas son testament ; le legs est affecté d'une révocation conditionnelle et l'on doit lui appliquer les règles sur les conditions. Or appliquons-les à notre espèce, en admettant avec la Cour que la condition dont il s'agit soit illicite en tant qu'elle a pour but d'empêcher d'attaquer une disposition qui enlève à un père l'éducation de son enfant, et qu'elle soit licite en tant qu'elle tend à dissuader d'attaquer la disposition

(1) Dalloz, 1870.2.49.

qui transporte à un tiers désigné l'administration des biens de cet enfant pour en priver son père ; nous dirons que dans sa première partie cette condition doit être réputée non avenue, mais que dans sa seconde elle est valable. Sur ce dernier point le legs demeure donc conditionnel ou menacé d'une révocation conditionnelle. Or l'accomplissement d'une condition est indivisible, et une condition ne s'accomplit pas pour partie. Celui qui attaque à tort une des parties des dispositions d'un testament réalise donc la condition de déchéance établie pour le cas où le testament serait attaqué. C'est ce que dit M. Laurent en termes formels (1) : « La défense d'agir est absolue : dès
« que les héritiers demandent la nullité du testament ils
« sont en faute, et ils ne peuvent être excusés que si leurs
« prétentions sont reconnues fondées ; s'ils ont attaqué
« injustement certaines clauses, ils ont manqué à la mé-
« moire du défunt, et par conséquent la peine est en-
« courue. »

Cette solution n'est pas admise unanimement et l'on en a proposé une autre qui a l'avantage d'être moins rigoureuse. La question, a-t-on dit, doit être diversement résolue suivant que le testateur a manifesté la volonté d'obliger son héritier à respecter chacune de ses dispositions prise isolément, ou qu'il a considéré toutes ses dispositions comme formant un ensemble indivisible et obligatoire pour le tout (2). Dans la première hypothèse, il suffit pour que la peine soit encourue qu'une seule des dispositions attaquées soit reconnue valable ; l'héritier qui a trans-

(1) Page 635.

(2) Voir Dalloz, 1870.2.49.

gressé cette disposition encourt la peine par ce seul fait. Dans la seconde, la nullité de l'une des dispositions imposées par le testateur vicie le testament dans son ensemble et la clause pénale ne peut donc pas être appliquée.

Cette distinction a été fort habilement exposée par M. l'avocat général Decous de Lapeyrière dans les observations qu'il présenta à la Cour lors de l'arrêt du 5 février 1870. « Si le testament, dit-il, est pris dans son entier ; si « on l'apprécie dans son ensemble, si on n'en divise pas « les dispositions, la mission de Laveine est contraire à « la loi manifestement et la vigilance paternelle n'a pu être « paralysée par une clause pénale qui sera réputée non « écrite. Si, au contraire, la Cour considérerait que ce qui « est relatif à l'administration de la personne est plutôt « l'objet d'une prière annexée à l'acte de dernière volonté « qu'une de ses dispositions formelles, et maintenait le « surplus, il faudrait reconnaître, qu'en raison de l'échec « de sa contestation, Pinel n'est pas affranchi de la clause « pénale en ce qui concerne la libéralité de sa mère. »

Comme nous l'avons dit, nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de faire une semblable distinction ; à notre avis, la peine doit toujours être appliquée au légataire ou à l'héritier qui succombe dans son attaque sur quelques points.

CHAPITRE II

Il nous reste à étudier la question de savoir si la peine testamentaire est comminatoire.

En exposant précédemment les différentes solutions que le droit romain et notre ancien droit donnaient sur la validité des dispositions pénales, nous avons vu que de nombreux auteurs et notre ancienne jurisprudence considéraient généralement la peine comme comminatoire.

Doit-on décider encore actuellement que les clauses pénales testamentaires sont comminatoires, et admettre que les tribunaux ne peuvent les appliquer que lorsque l'héritier est de mauvaise foi? doit-on, au contraire, se prononcer en sens inverse, refuser au juge tout pouvoir d'appréciation, et reconnaître que par cela seul que l'héritier a enfreint la volonté du testateur il a encouru la clause pénale?

Aucun renseignement ne nous est fourni à cet égard par le Code civil, et l'on ne trouve même pas dans les travaux préparatoires la moindre discussion qui puisse indiquer quelle a été la pensée du législateur de 1804 sur ce point. Aussi les avis sont-ils partagés et chaque solution a-t-elle été proposée. Les uns prétendent que c'est le système de notre ancienne jurisprudence que l'on doit suivre encore aujourd'hui, tandis que les autres assurent que l'on doit rejeter ce système de notre ancien droit.

L'argument sur lequel repose la première opinion est tiré du silence du Code civil; si notre Code est muet sur ce sujet c'est, dit-on, que ses auteurs ont entendu appliquer la solution qui était presque universellement admise dans notre ancien droit. Les partisans de l'opinion opposée justifient, au contraire, leur théorie en disant que l'on doit suivre toujours, à défaut de texte précis, les principes du Code civil. Or, ajoutent-ils, l'article 1231 du Code

civil donne clairement à entendre quels sont ces principes qui doivent dominer notre sujet. Cet article établit que le juge ne peut pas modifier la peine conventionnelle ; il doit l'appliquer telle qu'elle a été formulée et dès qu'elle a été encourue ; il ne peut donc pas l'écarter comme une simple menace. Or, ce principe formulé pour la peine conventionnelle on doit l'appliquer à la peine testamentaire ; celle-ci n'est donc pas comminatoire.

La Cour de Gand dans un arrêt rendu le 18 avril 1863 (1) ne s'est pas ralliée à cette dernière opinion et a déclaré que ces sortes de peines étaient comminatoires. Et pour juger ainsi, elle s'appuyait, comme les auteurs qui défendent cette opinion, sur l'autorité de nos anciens jurisconsultes et sur la pratique judiciaire. Elle citait la jurisprudence ancienne et les anciens auteurs tels que Van Leeuwen, Stockmans, Voët, Ricard, etc... qui, comme nous le savons, enseignaient que la peine testamentaire était comminatoire, et elle concluait du silence du Code civil qu'il y a lieu de suivre cette ancienne jurisprudence et ces anciens auteurs. « Attendu, dit la Cour, que la législation
« actuelle n'offre aucun texte précis qui règle cette ma-
« tière, et que la doctrine et la jurisprudence modernes
« ont généralement adopté des principes conformes à ceux
« qui étaient suivis sous l'empire du droit romain ; qu'il
« faut donc aujourd'hui admettre, d'après les docteurs
« et les arrêts de justice, qu'une grande latitude doit être
« laissée au juge dans les décisions qu'il est appelé à
« prendre dans le cas où l'application rigoureuse d'une

(1) Dalloz, 1864.2.81.

« clause pénale testamentaire est requise ; qu'il faut sur-
« tout s'attacher à rechercher le sentiment qui a dicté l'at-
« taque contre le testament ; que si, comme le disent les
« anciens auteurs, de légitimes motifs déterminent l'hé-
« ritier à attaquer le testament, sans qu'il soit possible de
« supposer qu'il s'est laissé guider par un esprit de ca-
« lomnie et de vexation, il y a lieu de refuser l'applica-
« tion de la clause pénale testamentaire. »

Puis la Cour dans ses motifs examinait le testament en question, examen qui lui suggérait le considérant suivant, bien extraordinaire à notre avis, « qu'un aussi révoltant
« oubli de tout sentiment de famille et de piété filiale, de
« convenance et d'équité envers un père, une sœur, un
« neveu et une nièce, ne pouvait être imputé à la testa-
« trice sans infliger à sa mémoire l'injure la plus grave ;
« que cette pensée a dû entraîner le père de Coch et les
« autres héritiers du sang à la conviction que pareille
« œuvre ne pouvait émaner de la volonté libre et sponta-
« née d'une testatrice qui leur était unie par les liens du
« sang les plus étroits etc.... »

Ainsi, sous prétexte que les héritiers avaient eu de sérieux motifs pour suspecter la validité du testament, la Cour de Gand refusa de leur appliquer la déchéance prononcée contre eux par la testatrice. C'était bien là reconnaître que la peine testamentaire est comminatoire et que le juge ne peut la déclarer encourue que lorsque l'héritier est de mauvaise foi.

La peine serait donc comminatoire, même malgré la volonté contraire du testateur ; le juge aurait pour l'appliquer un pouvoir discrétionnaire, et pourrait substituer à

la volonté clairement manifestée du disposant sa seule volonté arbitraire. La Cour de Liège le 23 avril 1855 avait déjà admis cette solution. « Considérant, disait-elle, que « la dame X... a déclaré que celui de ses héritiers qui ne « se conformerait pas à ses volontés serait privé de la quotité disponible qu'elle léguait aux autres par préciput et « hors part ; qu'une telle clause étant comminatoire, n'entraîne la déchéance qu'autant etc... (1). »

Nous ne saurions admettre cette solution qui, à notre avis, est absolument fausse. On ne peut pas dire que la clause pénale est comminatoire, et n'invoquer comme seul motif à l'appui de cette opinion que la pratique de notre ancien droit. Comme le dit, en effet, fort bien M. Laurent, il n'est aucunement besoin de s'occuper des anciens auteurs, car il faudrait commencer tout d'abord par prouver que les auteurs de notre Code ont entendu maintenir l'ancien droit. Or n'ont-ils pas manifesté la volonté contraire en rédigeant l'article 1321. Le juge, dit cet article, ne peut pas modifier la peine conventionnelle ; or, s'il ne peut le faire dans les conventions, pourquoi pourrait-il le faire dans les testaments. Ce principe écrit pour les conventions doit être appliqué aux testaments et à plus forte raison aux donations ; il doit donc faire rejeter notre ancienne doctrine, et décider que la peine testamentaire, loin d'être comminatoire, est encourue dès que l'héritier contrevient à la volonté du testateur. Et M. Laurent tâche de justifier l'arrêt de la Cour de Gand par des raisons bien spéciales. « A vrai « dire l'arrêt de la Cour de Gand n'est pas un arrêt de prin-

(1) B. J., 1856, p. 461.

« cipe, c'est une décision de fait que les circonstances révol-
« tantes de la cause ont arrachée à la conscience des ma-
« gistrats. Déféré à la Cour de cassation l'arrêt a dû être
« cassé le 10 mars 1864 (1). »

On est maintenant presque unanime à reconnaître que la clause pénale n'est pas comminatoire, et c'est ce qu'avait admis le 6 avril 1832 le tribunal d'Aix qui dit que la loi ne met aucune différence entre les dispositions pénales et celles qui ne sont que conditionnelles, quant à leur exécution, et qu'il n'y a aucune raison pour faire considérer comme comminatoire la charge pénale insérée dans les testaments. Mais, cela étant admis, une autre difficulté surgit sur laquelle on n'est pas d'accord : doit-on, tout en refusant à la peine testamentaire le caractère de comminatoire, c'est-à-dire sans tenir aucun compte de la bonne foi ou de la mauvaise foi de l'héritier, laisser au juge un certain pouvoir d'appréciation d'après lequel il pourrait, en se rapportant aux différentes circonstances de la cause, appliquer ou ne pas appliquer la peine ? Le juge peut-il, par exemple, par appréciation souveraine de volonté dire que le mobile de l'attaque dirigée contre l'œuvre du testateur avait échappé aux prévisions de celui-ci, et que, étranger à toute pensée d'insubordination ou de mépris des sentiments qui l'ont inspiré, ce mobile échappe à la pénalité ?

M. Larombière dans son *Commentaire* sur les titres 3 et 4 du livre 3 du Code civil admet l'affirmative. « Comme
« les tribunaux, dit-il, ont en cette matière un très large

(1) Lire dans les *Pandectes belges*, t. 19, les conclusions de M. l'avocat général Cloquette qui établissent fort bien les vrais principes de notre sujet.

« pouvoir d'appréciation touchant la volonté du testateur,
« ils sont autorisés à déclarer la peine non encourue, même
« au cas où l'attaque dirigée contre le testament a été dé-
« clarée mal fondée. Il leur suffit de baser cette décision
« sur l'interprétation de l'acte et sur la volonté du testa-
« teur établissant qu'il n'a point entendu faire de la clause
« pénale une clause irrémissiblement irritante. » Cet
auteur néanmoins semble regretter l'avis qu'il vient d'ex-
primer, et à peine après l'avoir émis ; il ajoute en effet
immédiatement : « Mais ce droit d'interprétation est très
« voisin de l'abus. »

Nos tribunaux semblent donner aux juges ce pouvoir d'appréciation, qui leur permet de déclarer la peine non encourue en se basant sur l'interprétation de la volonté du testateur. C'est ce qu'a admis la Cour de cassation le 22 décembre 1845. Cet arrêt dont nous avons déjà parlé ne juge pas, à la vérité, la question, mais il la préjuge en faisant clairement entendre comment il l'aurait résolue si elle lui avait été posée ; car la décision qu'il repousse à cause du motif donné, il laisse supposer qu'il eût été juridique de l'admettre mais en la motivant sur l'interprétation de la volonté du testateur. Si un légataire, dit-il en effet, qui attaque un testament et qui succombe dans sa demande, peut bien être déclaré, par interprétation de la volonté du testateur, n'avoir pas encouru la perte de son legs, l'arrêt qui le soustrait à l'application de la clause pénale encourt la cassation, s'il ne le fait que sur le motif que la prohibition d'attaquer un acte en justice insérée dans un testament doit être réputée non écrite.

La Cour de cassation reconnaît donc au juge le pouvoir

d'apprécier si l'héritier a ou non enfreint la volonté du testateur, et dans ce dernier cas de ne pas lui appliquer la clause pénale. La Cour de cassation avait déjà jugé, le 24 décembre 1834, que, par interprétation de la volonté du testateur, on peut décider qu'une attaque dirigée contre le testament, n'ayant pas eu lieu en fait au mépris des intentions du testateur, échappe à la pénalité testamentaire. « Attendu, disait la Cour suprême, que suivant la teneur
« du testament sur lequel l'arrêt attaqué a prononcé, la
« testatrice ne révoquait l'institution d'héritier faite par
« elle au profit de ses petits-enfants qu'au cas où, au mé-
« pris de ses intentions, on voulût porter la moindre at-
« teinte à ses dispositions ; qu'ainsi, pour que la substitu-
« tion établie en faveur des demandeurs pût recevoir son
« exécution, il eût fallu que le tuteur des mineurs eût, par
« un mépris formel et volontaire des intentions de la tes-
« tatrice, porté atteinte à ces mêmes intentions ; que la
« Cour royale ayant à s'expliquer sur la conduite de ce
« tuteur déclare etc... par où il ne pouvait être réputé
« avoir méprisé ses volontés et porté atteinte à ses dispo-
« sitions. Attendu que l'arrêt se réduit ainsi à une simple
« appréciation de faits ; que la Cour royale a tiré une juste
« conséquence de ceux qu'elle a admis, etc. (1). »

On peut toutefois remarquer que cette dernière décision de la Cour de cassation perd de son autorité par suite des circonstances, et que l'on peut n'y voir qu'un arrêt d'espèce. La testatrice, en effet, avait déclaré expressément ne révoquer sa disposition faite dans l'espèce à ses petits-fils,

(1) D. 1835.1.79.

que dans le cas où il y serait porté atteinte « au mépris de ses intentions. » La Cour en a conclu qu'on avait été autorisé à décider en fait par l'arrêt attaqué que l'attaque de cette disposition avait été provoquée par un mobile honnête. Mais si ici le motif était textuellement assigné à la défense de la testatrice, la Cour de cassation, dans le premier arrêt que nous avons cité, reconnaît que ce motif est virtuellement écrit dans toutes les pénalités testamentaires, par cette raison que le testateur n'a pu avoir d'autre désir que d'éviter à ses héritiers des contestations injustes, et d'empêcher qu'on fasse des récriminations injurieuses à sa mémoire.

M. Dalloz dans une note publiée au sujet de l'arrêt du 22 décembre 1845, dit que c'est avec raison que la Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens. Comme la Cour de cassation, il pense que la volonté du testateur qui défend à son héritier d'attaquer son testament, doit être interprétée par le juge comme toute autre clause de son testament. Et cet auteur ne comprendrait pas que, par exemple si la demande en nullité de l'héritier provient d'un sentiment équitable et honnête comme si, tout en reconnaissant au testateur le droit de prescrire ce qui lui était licite de faire, il soutenait que son testament est le résultat de la captation ou de la suggestion, on puisse refuser aux juges la faculté de décider que dans la pensée du testateur ce n'est pas à une telle demande en nullité que s'applique la clause pénale, et cela même si les juges trouvent cette demande mal fondée. M. Dalloz ajoute que ce serait un moyen de consacrer la fraude, que d'admettre qu'il suffise que le testateur insère une clause pénale pour que ses

successibles ne puissent se plaindre d'une exclusion imméritée, qui a peut-être été arrachée à la faiblesse de son auteur.

M. Armand Bonnet, président de Chambre à la Cour de Poitiers, est également de cet avis. Dans son livre sur les partages d'ascendants (1) il cite une affaire qui s'est présentée devant sa Chambre. C'était un petit-fils qui, malgré la clause pénale contenue dans le partage testamentaire de son aïeule, attaquait ce partage pour cause de lésion de plus du quart, mais qui fondait son attaque sur des circonstances particulières et des cas de force majeure. Il protestait, en effet, de son respect pour la mémoire de son aïeule et reconnaissait même « que l'égalité avait présidé « au partage au moment de sa confection », et il n'attaquait ce partage que parce que la valeur des lots avait beaucoup changé depuis la confection de cet acte jusqu'à la mort de son aïeule. Les marais salants qui formaient son lot avaient, prétendait-il, par suite de changements survenus dans la législation économique, perdu moitié de leur valeur, tandis que, toujours selon lui, les immeubles d'une autre nature attribués à ses cohéritiers avaient augmenté, par le cours du temps, d'une valeur considérable. Et il terminait l'exposé de ses motifs en ajoutant que certainement son aïeule aurait modifié son partage si elle avait pu s'apercevoir de cette différence de valeur. Par suite d'une fin de non-recevoir la solution de cette question fut ajournée ; mais M. Bonnet dit que selon lui on ne devrait pas faire à ce petit-fils l'application de la clause

(1) T. 1, p. 474.

pénale, parce que le mobile de sa critique était certainement resté en dehors des prévisions de la testatrice. Et cet auteur, tout en reconnaissant qu'on ne doit pas se départir facilement des termes de la clause, soutient que « si elle « opère de plein droit quand elle n'affecte que des intérêts « privés, elle n'opère pas nécessairement pour cela ».

D'après cette opinion on doit donc dire qu'il faut distinguer selon que la demande en nullité de l'héritier a une cause légitime, ou selon qu'elle a une cause illégitime. Dans ce dernier cas la peine est encourue ; dans le premier, au contraire, le juge est libre de décider ce qu'il croit devoir par suite des différentes circonstances de la cause. Et par cause légitime, il faut ici comprendre toutes celles qui sont prises en dehors de la volonté du testateur, c'est-à-dire celles qui ne la contrarient pas parce que le testateur n'y a pas pensé. C'est bien ce qu'a établi d'une façon formelle la Cour de cassation en rejetant, le 5 juillet 1847, le pourvoi sur un arrêt de la Cour d'Amiens, lequel arrêt confirmait un jugement du tribunal de Péronne en date du 27 mars 1846 (1). Ce tribunal avait, en effet, ainsi formulé son jugement : « Si, dans un intérêt de moralité « et de sécurité publique, la jurisprudence a admis cette « solution que la clause pénale serait inapplicable à une « contestation qui aurait pour fondement une cause légitime, il est également constant que l'on doit entendre « par causes légitimes celles prises en dehors de la volonté du testateur comme l'erreur, la tromperie, la « fraude, qui auraient vicié cette volonté. »

(1) Dalloz, 1847.1.256.

Nous estimons que cette distinction entre les causes légitimes et les causes illégitimes de la contestation est très fausse, et qu'on ne peut l'admettre. Si on devait en effet l'établir, ne pourrait-on pas d'abord dire, comme le prétendait le sieur Charles Florin dans son pourvoi devant la Cour de cassation, que l'action qui tend à connaître l'étendue de la volonté du testateur a une cause légitime ; loin d'être une attaque contre le testament, cette action tend à faire exécuter ce testament en réglant les droits du légataire conformément à la volonté du testateur ; cette action n'est donc pas blâmable et a bien une cause légitime. On ne peut pas soutenir que la cause est légitime quand elle est prise en dehors de la volonté du testateur et qu'elle ne l'est pas quand cette volonté, respectée dans son principe, est méconnue dans ses effets et que l'héritier est de bonne foi. Si on le soutenait, en effet, on reconnaîtrait que celui qui doit profiter de la peine encourue peut imposer sa loi à celui contre lequel elle est stipulée. La Cour de cassation l'admit néanmoins.

Nous pensons de plus que cette distinction entre les causes légitimes et les causes illégitimes ne peut être établie qu'au sujet de la validité de la clause pénale, et signifie que la cause de la contestation est illégitime lorsque la clause pénale est valable, et légitime lorsque celle-ci est nulle. La contestation n'a donc une cause légitime que dans les cas où la disposition est attaquée pour nullité d'ordre public, selon la théorie généralement acceptée, et, d'après celle que nous préférons, lorsqu'elle est attaquée par suite du caractère de garantie légale que revêt le droit qu'elle veut nous retirer. Lorsqu'au contraire il n'y a

qu'un intérêt privé en jeu, lorsqu'il s'agit d'un droit que la loi ne nous a pas conféré comme une garantie légale, la contestation n'est pas une cause légitime ; elle est bien illégitime, et par suite l'héritier n'a que l'alternative ou de respecter la disposition, ou de l'attaquer en encourant la peine que le testateur a fixée pour ce cas.

La question revient alors à savoir si dans ce dernier cas on doit accorder aux tribunaux le droit d'écarter la peine sous prétexte de se conformer à la volonté du testateur ? Nous prétendons qu'on ne peut pas reconnaître, d'une façon générale, ce pouvoir d'appréciation aux tribunaux. C'est, en effet, la volonté du testateur qui fait loi, et les tribunaux ne peuvent pas limiter la portée de cette volonté. Les juges ne peuvent l'interpréter que dans une certaine limite et avec une extrême réserve. Et voici, selon nous, la réserve et la limite qu'ils doivent observer : ils n'ont le droit d'interpréter la clause qu'en se conformant aux règles générales qui régissent l'interprétation de tous les actes, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent interpréter la volonté du testateur que lorsque l'étendue de la disposition est douteuse, lorsque par exemple, par suite d'une autre disposition de son testament, le défunt semble ne vouloir déclarer la clause pénale applicable que dans certains cas, ou lorsque d'autres actes du testateur paraissent empêcher l'application de la clause pénale ; mais dans tous les autres cas nous ne voyons pas pourquoi on reconnaîtrait au juge un certain pouvoir d'appréciation ou plutôt d'interprétation. Interpréter, en effet, c'est expliquer ce qu'il y a d'obscur dans l'acte qu'on étudie ; si cet acte n'a rien d'obscur le juge n'a rien à interpréter. Lorsque donc un testateur

a dit qu'il privait son héritier de sa part dans la quotité disponible s'il attaquait son testament, le juge n'a pas le droit, sous prétexte d'interprétation, de distinguer si cet héritier a été guidé par un esprit de calomnie ou de vexation, ou si au contraire il était de bonne foi, et si le motif qui a fait agir l'héritier avait été ou non prévu par le testateur. Peu importe le motif qui a dirigé l'action de l'héritier ; le juge n'a pas à s'en occuper. Ce ne serait pas là interpréter la disposition, car il ne suffit pas qu'un héritier élève une contestation quelconque sur le sens d'une disposition testamentaire de son auteur pour que l'arrêt qui statue sur cette contestation soit un arrêt d'interprétation. Aussi faut-il dire qu'en règle générale le juge n'a pas le droit d'interpréter les dispositions pénales, car ce qui est parfaitement clair ne s'interprète pas. L'on évite ainsi de grands dangers ; on empêche les juges de violer la volonté du testateur et de substituer à celle-ci la leur.

Mais si, comme nous venons de le voir, la peine est de rigueur, il ne faut pas lui donner une portée exagérée. Nous avons dit précédemment qu'elle ne devait pas être encourue lorsqu'il y avait doute sur le sens de la clause, et nous avons indiqué ce qu'il fallait dans la plupart des cas pour qu'on puisse dire que le testament a été attaqué. Remarquons ici, comme le dit M. Laurent, que la peine doit être restreinte aux cas expressément prévus par le testateur, « car il est de l'essence de toute peine d'être de stricte « interprétation ». C'est ce qu'a décidé la Cour de Liège, le 11 décembre 1812, en jugeant que la clause par laquelle un testateur, après avoir avantagé l'un de ses enfants et donné à sa femme le droit de vendre et aliéner les biens

qu'il laissera, réduit à la légitime celui des enfants qui s'opposera aux dispositions de ce testament, n'est point applicable aux enfants qui demandent le rapport d'un legs fait par la mère à l'un de leurs frères.

CHAPITRE III

A QUI APPARTIENT LE MONTANT DE LA PEINE ?

Il y a lieu de distinguer ici deux hypothèses : il se peut en premier lieu que le testateur ait désigné la personne qui recueillera le montant de la peine. Il n'y a dans ce cas aucun doute ; c'est cette personne désignée par le testateur qui doit le recevoir, parce que, comme le dit Furgole, il faut exécuter la volonté du testateur : *disponat testator et erit lex voluntas ejus*.

Mais la plupart du temps le testateur ne désigne personne pour recevoir le profit de la peine ; que doit-on alors décider ? Cela n'a fait et ne fait presque jamais de difficultés ; si, par exemple, c'est toute la quotité disponible à lui léguée qui est retirée au légataire pour le cas arrivé où il élèverait des contestations sur le testament, toute cette part de la succession va à l'héritier *ab intestat*. S'il s'agit, au contraire, d'un legs dont le légataire universel est chargé et si le légataire particulier encourt la clause pénale, le montant de ce legs revient au légataire universel qui devait en faire la délivrance.

Mais il est une hypothèse qui était discutée dans notre

anciendroit, celle où la peine a été imposée en considération d'une certaine personne ; c'est ce qui arrive dans l'exemple suivant : un testateur fait la disposition suivante : « Je prive mon héritier de ma succession s'il ne traite pas bien ma femme. » Si cette condition se réalise le montant de la succession appartient-il aux héritiers légitimes, ou revient-il à la femme du disposant, qui est bien la personne en faveur de qui la condition est imposée ? Furgole nous dit que les différents auteurs n'étaient pas d'accord sur ce sujet, et que, tandis que Bartole et Julius Clarus estimaient qu'il doit appartenir aux héritiers, Dumoulin et Corvinus enseignaient qu'il doit revenir à la femme du testateur. Dumoulin appuyait sa prétention sur diverses anciennes lois dont l'une décidait que lorsque le tuteur refuse d'accepter la tutelle qui lui est déferée par testament, il est privé du legs qui lui est fait en considération de cette tutelle, et que l'émolument de ce legs appartient au pupille ; et une autre déclarait que ceux qui consacrent une chose litigieuse doivent être punis de la peine du double et que le montant de cette peine revient, non au fisc, mais à l'autre partie. Et c'était par analogie avec ces lois qu'il disait que dans notre cas le profit de la peine appartenait à la femme. Malgré ces autorités Furgole se prononçait dans le sens de Bartole, et, comme lui, nous pensons que la peine doit profiter aux héritiers et non à la femme du testateur. Que la peine, en effet, ait été stipulée en considération de cette dernière, on ne saurait le contester ; mais on ne peut pas arguer de cela que c'est à elle que le testateur a voulu donner le montant de cette peine. Ce serait donner à la disposition du défunt un tout autre effet que celui qu'il

a voulu. Par cette disposition, en effet, il dit que si son héritier testamentaire ne traite pas bien sa femme il le prive de son hérédité; c'est-à-dire que, dans ce cas, il entend que ces biens reviennent à celui que la loi désigne comme son héritier à défaut de testament, c'est-à-dire à son héritier légitime, à celui qui lui aurait succédé s'il était mort *ab intestat*. Si le testateur désirait, au contraire, que ses biens appartiennent à sa femme au cas où son héritier testamentaire ne se conformerait pas à sa volonté, il l'aurait dit expressément; et, à défaut d'une telle disposition, on ne peut pas interpréter le testament dans un sens certainement opposé à celui que lui donnait son auteur. Quant aux lois par lesquelles Dumoulin prétendait justifier son opinion, comme le dit Furgole elles sont hypothétiques et ne régissent que des cas particuliers. Il ne faut donc pas les étendre à des cas tout différents.

Vu :

Le Président de la thèse,
C. BUFNOIR.

Vu :

Le Doyen,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

PROLÉGOMÈNES	Pages 1
Explication de l'article 900	3

DE LA CLAUSE PÉNALE DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT.

INTRODUCTION	13
Définition de la clause pénale : différentes sortes de clauses pénales.	14
Cas d'application de la clause pénale	16

PREMIÈRE PARTIE

De la validité de la clause pénale.

CHAPITRE I. — Droit romain.	22
CHAPITRE II. — Ancien droit français	26
CHAPITRE III. — Code civil	40

SECTION I.

§ I. — Théorie de la nullité de la clause pénale	44
§ II. — Théorie de l'option	50
§ III. — Théorie de la clause pénale	58
§ IV. — Discussion	68
§ V. — Modifications apportées aux deux précédentes théories.	82
§ VI. — Théorie de la garantie légale	90

SECTION II.

TITRE I. — <i>Cas dans lesquels la clause pénale est valable.</i>	100
§ I. — Legs de la chose d'autrui	101
§ II. — Infraction aux articles 826 et 832 du Code civil	110
§ III. — Lésion de plus du quart dans un partage	118

	Pages
TITRE II. — <i>Cas dans lesquels la clause pénale est nulle.</i>	124
§ I. — Legs fait à un incapable	124
§ II. — Testament fait par suggestion et captation.	131
§ III. — Testament nul pour défaut de forme	139
§ IV. — Substitution prohibée	142
§ V. — Défense d'aliéner	149
§ VI. — Atteinte portée à la réserve	156
§ VII. — Renonciation à succession future.	181
§ VIII. — Clause pénale tendant à retirer l'exercice d'un droit public	187

DEUXIÈME PARTIE

De l'effet de la clause pénale.

CHAPITRE I.

§ I. — Quand la peine est-elle encourue ?	193
§ II. — Que décider lorsque l'acte attaqué par l'héritier renferme et des clauses licites et des clauses illicites	198

CHAPITRE II. — La peine testamentaire est-elle comminatoire.	201
---	-----

CHAPITRE III. — A qui appartient le montant de la peine ?	215
--	-----

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, Saint-Dizier (Hte-Marne).
